الهداية شرح البداية ، كلاهما للمرغيناني ، علي ابن أبي بكر ــ ٥٩٣ هـ ٠ بخط دولت محمد بن نذير محمد بيريلي سنة ١٢٣٣ هـ ٠

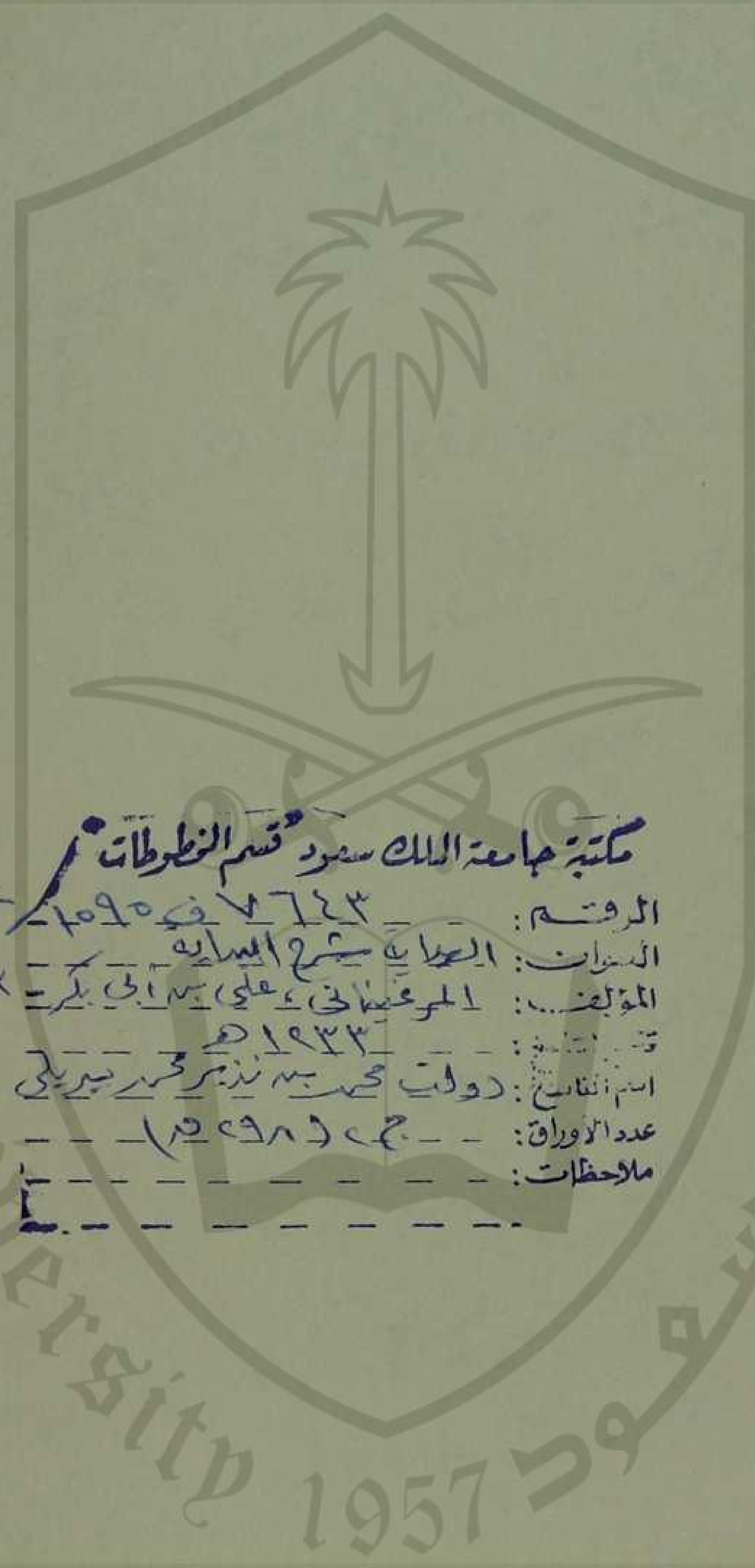
٢ج (٢٩٨ق) ١٧ س ٣٠ × ٢٢ سم

نسخة جيدة ، خطها تعليق حسن ، طبع بمصر مرات آخرها سنة ١٣٥٥ هـ ٠

الاعلام ٥: ٧٣ المخطوطات الفقهية المتحف العراقي ١ : ١٦٥

١ــ المذهب الحنفي أ ــ المؤلف ب ــ الناسخ ج ــ تاريخ النسخ د ــ شرح البداية




King Saud University 1957
جامعة الملك سعود

دفتر ناظم هدایه ملهم

بجنت نیست جای بی نمازان
دهد دوزخ سزای بی نمازان
ح ج

همه از رحمت حق بی نصیبند
حذر کن از بلای بی نمازان

تو بشنو ز من بشنو اندر ره دین
مرو اندر قفای بی نمازان

برآید تا به هفتم چرخ گردون
از دوزخ
زنالیهای بی نمازان

قبول حضرت ایزد نباشد
یقین میدان دعای بی نمازان

به نزد من بود دم سگ و خر
به از ریش و بروت بی نمازان

شنو پندم مرا بیگانه میباش
مشو تو آشنای بی نمازان

نیارند در قرآن بی نوا را
چه باید وای وای بی نمازان

حذر کن تا نشینند گرد دامن
بشو تن دست و پای بی نمازان

خدا بیند اندر روز محشر
رسولی ما لقای بی نمازان

کتاب ملا غلام [illegible]

سنه ۱۲۳۳

۳۲
هامش شرف قلمی
بخط میرعماد ...

يا ذا المن والانعام صل على رسولك خير الانام وعلى آله الكرام وصحبه ما دامت طرق الاسلام
ونجنا من ظلمات الاوهام لنكشف عنا غواشي عالم الزور ونستفيض بدوام السرور في مدام النور
اما بعد فهذه رقيمة الى حضرة من بلغ بحقيقته الى ذروة التحقيق واستكشف الخفايا بنظره الدقيق
الذي جلب لابكار الانظار الى خدر الوقار واستنبط نتايج الافكار من طبعه النقاد والمتسم بمزيد العلم
والدين المتعزز باعلام الفطنة واليقين المجتهد في نصب سرادقات الامن والامان المتمثلة بنصل الدبار
بالعدل والاصلاح ... المجد والاقتدار اللهم احفظه من آفات الدنيا والدين وجعله
متمسكا بحبلك المتين وفي نزهة الحال ... لا قاربكم ... فسلام عليكم وعلى من لديكم
الراجي الى عفو ربه الاكبر
عبده ...

يا ذا المن والانعام صل على رسولك خير الانام وعلى آله الكرام وصحابه العظام ونجنا من ظلمات الاوهام لنكشف عنا غواشي عالم الزور
فنستفيض بدوام السرور في مدام النور اما بعد فهذه رقيمة مسرودة من فرط المحبة والخلوص وكثرة المودة والخصوص
مرقومة ببنان الاخلاص منظومة من صميم القلب والاختصاص الى حضرة من بلغ بحقيقته الى ذروة التحقيق والمستكشف الخفايا بنظره
الدقيق المستجلب لابكار الانظار الى خدر الوقار والمستنبط لنتايج الافكار من طبعه النقاد والمتسم بمزيد العلم والدين والمتعزز
باعلام الفطنة واليقين المتحلي بحلية المنقول والمتوج بتاج المعقول اعز الجناب الشريف الانتساب المتعالي المقدار ذا المجد
والاقتدار اللهم احفظه من آفات الدنيا والدين وجعله متمسكا بحبلك المتين وفي نزهة الحال بما يليق
على الخيال صورة الجلية وجلوة السنية فانه تحول خاطرنا ايام حول التشتات المناقب لا تشتت في تاريكم فان البعد لا قاربكم
اساس والعاقبة لهم لباس ومن اني منذ مفارقتكم لاسوء من النوائب في المطالب الاني مشتاق اليكم فسلام عليكم وعلى من لديكم ثم اني
لست غافلا في آلامعن الدعاء المقرون بالاخلاص والمكنون في مخزن الاختصاص لمن اجتهد في نصب سرادقات الامن والامان
المتمثلة بنصل الدبار بالعدل والاصلاح اعز الكامل السطوة الرفيع العتبة المتعالي المقدار ذا المجد والاقتدار الملك المعظم
لازالت الارض مشرقة بانوار معدلته وذا غصنان الخيرات مورقة بسحائب جوده ورافته

سنه

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا
كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع انشاء
تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا
ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله
رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي
معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو
الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار
ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه
حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع
لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبر
ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال
حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل
المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الاخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات
معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله

ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما
الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله
عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها
لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان الاشارة كافية في التعريف
وجهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون
معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة
فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز
البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع
وعن النبي عليه السلام انه اشترى من يهودي شيئا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان
يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه
في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب
نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة
فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان
الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب
واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء

فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة
جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان
لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد
ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان
الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن
حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر
هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جميع قفزانها
وقالا يجوز في الوجهين لانه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل
وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا
جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل
في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه
وقت البيع قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك
من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذلك كل معدود متفاوت

متفاوت

متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة
من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وفي بيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي
الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة
على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته
من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر
فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى
انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا
ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير
لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه
فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال
بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء
اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده
بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم
وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان
حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة

لا يثبت انه مضاف اصلا ولو اخذه ما لا قبل لمكن تحقيقا قال ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم تعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمه ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد

كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم

تصرف فيه وقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه
قبل أن تناوله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها
ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وإن
لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه وأما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل
إلا بالتصريح قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه
منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح وعلى
المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع وإن
شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة
في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا
إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة
بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض
والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لأن
هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل
إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي
الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له
الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا

آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأ
صول لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا معلومة خلافا
لمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقي
معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رحمه الله أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز
لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز
فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز
بيع الحنطة في سنبلها ويجوز بيع الباقلاء في قشره الأول وكذلك الأرز والسمسم وقال الشافعي
لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده وله في بيع
الحنطة في سنبلها قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه
تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى
وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع
كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز
وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا
دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في
بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا باع مكايلة وكذا أجرة الوزان

والذراع وبعد ابوه واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم
الا يرى انه يقد بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي
رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما
يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج
الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا
لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة
الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري
ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن
في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن
عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع
به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف
مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت
الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي

جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول
ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في
قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم
النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به ونفى الزيادة
على الثلاث وكذا محمد رحمه الله في تجويز الزيادة وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي
هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه
ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة
الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا
بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في الجانب الآخر لازم
وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال
الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في
ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن
عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل

في الشرع لان المنافي ضده يقتضي الموافقة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة
فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في
يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب
يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان
بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته
على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان
يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان
كانت ثيبا وهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها
عتق المشتري حلف ان ملك عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق
بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به من الاستبراء عنده
ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها
اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري
المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع
القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان
المشتري عبدا مأذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان
الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا

تمليكا بغير عوض وليس هو من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها
باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان
اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما كني بالحضرة عنه له انه
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل
بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع
السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا
فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما
يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد
مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته
وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب
والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال
بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث
واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن
اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار

بغيره جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لأن الخيار من موجب العقد وأحكامه فلا
يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون
لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر
السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد
في رواية وتصرف الفاسخ في الأخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد
الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الإجازة
ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رحمه الله والثاني
قول أبو يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله
يعتبر تصرف الموكل وأبو يوسف رحمه الله يعتبرهما فيكون المبيع بينهما نصفين قال ومن باع
عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما
بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل
الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع
لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه
أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في
الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا
لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر والوجه

والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين جميعا إما لجهالة
المبيع أو لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام
فهو جائز وكذلك الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في
الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى
دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من
يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به
الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي إلى
المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليه غير متحققة والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون
في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو
المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإذا لم يذكر خيار الشرط
لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر في
بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما
والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين
الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما
لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات
من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت

في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على

انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل

على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك

سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان

ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة قال واذا اشترى الرجلان

عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده

وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد

منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب

الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات

الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب

وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف

مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى

اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة

في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها

شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي

لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا

رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة

الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار

معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى

الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية

بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار

اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا

يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه المرجوع

اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا

بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت

ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن

مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى

الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان

تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن

والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا

لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية

لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى

وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا

خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على
العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون
وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد
والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة
اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم
والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر
رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله
وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية
لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود
قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار
او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح
ان جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول
كنظره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضي الله عنه ومعناه

معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط
قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا
وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا
الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا
بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار
وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا
وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع والشراء
قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه
من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف
بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام
مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا
لرآه وقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز
كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله
لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى

١٨ بالشم وبالذوق اذا كان يعرفه

الآخر فله ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار
فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة
لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون
فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد
ذكرناه في خيار الشرط قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي
رآه فلا خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا
اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم
تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث
وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اشترى عدل
زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط
لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان
كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب
في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف

وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى
فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع
ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن
في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك
بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري
في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان السبب
هذه الاشياء تختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر
لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في
الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون
في الصغير عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري
في الصغر او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته
وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان
المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام
ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية

وذلك في الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود
في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون من الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة
قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات
فيخل بالرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت الجارية
بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في
الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف
ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث
عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من
دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث
فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه
المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع
بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها
لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه
لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد

ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بتسليمه اليه
قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان
الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان
الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي
ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار
كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد
بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس البدل
وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض
فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار
كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان
ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان
لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد
فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر

فصار حابسا للمبيع

لكونه معصوماً الا يرى ان البيع مما يقصد به الربح ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام
ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما
انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضاً
او بطيخاً او خياراً او جوزاً او قثاءً فكسره فوجده فاسداً فان لم ينتفع به رجع بالثمن
كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلاً ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته
باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع
بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي انه يرده لان الكسر بتسليطه
قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوباً فقطعه
ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه
الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل الثمن
لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبداً فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده على
بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً
بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً على الموكل لان البيع هناك واحد
والموجود هنا بيعان فيفسخ الثاني لا يفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان
يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخاً في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير

الصغير وان كان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا
تبين ان الجواب فيما يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله
يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى
عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع
الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولاً ليتعين حقه بازاء تعين المبيع
ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه فان قال
المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور
الشهود لان في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا
نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبداً فادعى اباقاً لم يحلف البائع
حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يأبق عنده لان القول
وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا
اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء
حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه
بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر
للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده

يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان الدعوى معتبرة حتى
يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن
اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا
كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق
في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا
فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري
لان الاختلاف في مقدار المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة
فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون
تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق
في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه
يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم
للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما
ثم وجد باحدهما عيبا رده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا
يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية
والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية
والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما

فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض

٢٥

١٥

٢٦

يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا
كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا
اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي
وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا
كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان
كان ثوبا فله الخيار لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف
الكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في
حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار
هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها
او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب
في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا بد له منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون
العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال و
من اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد
البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع
سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر

رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها
حاملا الى غير حامل ولهما ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون
الوجوب مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت
في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري
فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب
الحادث ويرجع بربع الثمن ان لم يقبله وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد
من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته
الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما
يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم
المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان
العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب
فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح
البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي
الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا
ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت

الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا
كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله
فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو
مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد
المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك
وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول
قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله والفاسد
يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست
اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم
والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك
عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم
لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى
اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة

وانما المقصود هو الخمر فسقط التقوم بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري
الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر
معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون
الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام
الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد
لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية
بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع
لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في
العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر
الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته
في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت
حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه
ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها

فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل
لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده
فانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة
ولان فيه غررا قال ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية
الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف
الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف
القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد
صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو
حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما روي عنه قال وجذع في سقف
وذراع من ثوب ذكر القطع او لم يذكره لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة
دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا
ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف
ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في
وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ
مثل كيله خرصا لانه نهى عليه السلام عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع
الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص

كما اذا كان موضوعا على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله
يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه نهى عليه السلام عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع
بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى
له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال
ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان
يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع
او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة
والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه
تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في
ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي
ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه
بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على
استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا
يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان
محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان
كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج
منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من

١٨

من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز لانه من الهوام وعند ابي يوسف رحمه الله
يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز
بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما
في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم قال ولا يجوز
بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده
لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق
المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد اذا كان في يده وكان اشهد عليه انه اخذه ليرده لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع
ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه غصب عنده وقبض الغصب ينوب ولو قال هو عند فلان
فبعه مني فباع لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق
ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع
وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله قال ولا بيع لبن المرأة
في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع
اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة
والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا
على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده

٣٢

٣٣

وهو الحي ولا صفوة في اللبن **قال** ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه
اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد
مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله
ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع
شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء
من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما
يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن **قال** ولا بيع جلود الميتة
قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم
لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها
طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة
وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق
الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن
بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في كتاب الشرب **قال** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع

قال

فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال

[illegible]

ولو ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب [illegible] شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض [illegible] زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الارض وانما لا يجوز بيعه مفردا [illegible] كفاية

١٩

وبيع المسيل وهبته باطل والمسالة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فان كان الاول فوجه الفرق بين المسالتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما
واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه
الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على
السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى
الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو
الارض فاشبه الاعيان **قال** ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع
كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله
وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي
الجنس يتعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز
فاذا هو كاتب وفي مسالتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي
الحيوانات جنس واحد للتقارب وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنس واحد والوذاري
والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما **قال** ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة
فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله
يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل
الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت
بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى

٣٤

[illegible]

لان الغرض من العبد [illegible] ومن الامة [illegible]

جارية من زيد بن ارقم

ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه
فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع
قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد
ان يجعل بعض الثمن مقابلا بالتي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا
ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى
زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى
على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون
القول للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم
غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار
كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الآمر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان

لان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه

[illegible]

قوله لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان الاختلاف فيه ... لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا ... فحكم الاصل

كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على
ان تستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى رسول الله عن بيع وشرط ثم
جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط
الاصح الظاهر من الفروع اصحابنا
وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او
لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده
بين البائع والمشتري
وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي
الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق
في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله
وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع
ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع
حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة
ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منهي للملك
والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة
فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري
او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه نهى عليه السلام عن بيع

حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا م

بين ان بيعه فاسد ... [illegible]

٣٧

وسليف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان
لا يقابلهما شيء يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن
باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا
فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا
حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من
هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن
بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة
والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل لان هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها
لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء
فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة
على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رض ما ذكره جواب
ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال
والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد
لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه

٣٨

فانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان
مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس
والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم
الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى
بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه وبخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة
ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم
تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز
البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط
الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط
زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح
وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال
ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز البيع في العبد والذكية وان
جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة

وقال زفر رحمه الله يفسد فيهما وهو قياس كل التسمية بدل كالمعتق لمكان ام الولد كالمدبر اعتبارا
بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالنسبة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا
يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه
مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح
لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية
ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي
وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء استحقوا
انفسهم فرد البيع فيهم فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل
القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط
بيان ثمن كل واحد منه **فصل في احكامه** واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي
لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد
ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة
المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض

القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع
عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في
افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه
وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض
باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه بحضرته قبل الافتراق وهو الصحيح
كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة
والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال
يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى **قال**
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته اما اذا كان الفساد بشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط **قال**
فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني
مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري
في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع
قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا

انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفه بالاعتاق وقد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا
فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن
لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت
دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت
مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع
اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط
من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
بالبناء وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد

٤١

العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد
بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم
الملك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة
من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة
والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك اذا
ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم
يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق
وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش
وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم
على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في
ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن
احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا
قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلدة فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا
لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد
قال عليه السلام لا يبع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من
اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام
الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي

٤٢

على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة **قال** وكل ذلك يكره لما
ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة
قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع
من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة الى نوع منه **قال** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما
ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق
بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه
غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى
اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع
الاستئناس والمنع عن التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة
المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق
بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى
لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به
كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به
قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في
غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين

مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن
الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله تعالى عثرته يوم القيامة ولان العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول
والاصل ان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن
جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر
جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني
عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع جديد في حق الثالث
ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة
ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع
والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند
التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري
لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا
شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال
فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها
في العقد فيتحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث
في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة
يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد

ما قصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله
هو فسخ بالاقل لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل كان يكون فسخا فهذا اولى
بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ
عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة
باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره
فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار
يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده **قال** وهلاك الثمن لا
يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن
فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة
بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع
زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان
لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما
ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام
لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك
بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا **قال** ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم

يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل
وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان
باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام
لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين
والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت
الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا المعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه
وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن
وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار
للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد
بقوله وليتك بالثمن الاول وبعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد
من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي
المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد

على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع
الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه
قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل
ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه
يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني
عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله
ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعدما كان على شرف السقوط
بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد
حصل بغيره قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط
برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه
فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة
وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه

للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر
ونصف درهم لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع
انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة
ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما
في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا
يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا
لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما
اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا
احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها
لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها
وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار
او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه
قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة
في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما بثمنهما والاقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف

ومانه لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة
في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف
حالّة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه
لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال **قال** ومن ولى رجلا شيئا بما
قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس
فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه واذا علم في المجلس انما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى
عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار
قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار
نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز
قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر **قال** ومن
اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز

للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن
بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة
لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في
الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع
البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل
لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى
عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط **قال** والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع
قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط
عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي
رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة
ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع
فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع

الى وصف مرغوب وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية
التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشي
يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ
بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على
ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف
الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال
ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه
يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح
لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل
دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة
في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في
الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار
الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى
ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه
قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

الربوا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس
قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح
والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول
بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعنده
الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة
عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط
المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب
المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل
او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة
الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر
الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة
الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره
سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه
المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر
بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط

الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي
الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي
مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين
والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هو الطعم ولا مخلص وهو الحرمة فيحرم
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو باع
مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل
والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان
يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما
وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وجد شبهة الفضل
وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا
من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما
لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامنا وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود
توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف

فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة
ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة **قال**
وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان
ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه
وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى
لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن
ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة
فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او
الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في
معلوم **قال** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت
بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة **قال** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله
عليه السلام الفضة بالفضة ها وها معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله
تعالى **قال** وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا
للشافعي رحمه الله في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف

يداً بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا
ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو
التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى
قوله عليه السلام يداً بيد عيناً بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد والمؤجل **قال** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر **قال** ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عندهما وقال محمد
لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار
كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً
لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف
النقود لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف
ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء **قال** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا
بالسويق لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍّ
بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساوياً كيلاً لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله متفاضلاً ولا
متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما

٥٥

لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي
يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة **قال** ويجوز بيع اللحم بالحيوان
عندهما وقال محمد رحمه الله إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون
اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث
زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون
لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل
أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين
الثجير ويوزن الثجير **قال** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله
عليه السلام حين سئل عنه أوينقص إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذاً وله أن الرطب
تمر لقوله عليه السلام حين أهدي إليه رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا
ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث وإن كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام
إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة **قال** وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز
بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا لأنه بيع التمر
بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً
وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل وأبو حنيفة رحمه الله
يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع

الرطب بالتمر ما روينا ولهما وهو الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه المسئلة وبين الرطب بالرطب ان
التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك
الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر
بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من
اول ما ينعقد صورة لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة
قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في
الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه
من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس
بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع **قال** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده
لحم البقر والابل والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع
البخاتي **قال** وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود
ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة
قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر
المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة

مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة
مكيلة من كل وجه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول هذا اذا كانا
نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه
الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده **قال** ولا ربوا بين المولى
وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم
يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين
مكاتبه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما
الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن
منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان **باب الحقوق** ومن اشترى منزلا
فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه
ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف
جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من

لتوابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا
لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق
السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا
عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان
كل مسكن يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه
ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما
ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع
فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق
عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري
عادة ربما يشتريه ويتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها
ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا
بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بثبوته
بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء
بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد

اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال
العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن
على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع
وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري
شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر
بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر
الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى
يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة
وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا
عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بالقيمة ثم في وضع
المسألة نوع اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
مفسد للدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم
فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق
فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

والمكاتب نقضها على الاعتاق فصل الكتابة **قال** ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه
الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي
في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق
غير ممكن فيجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم
جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله تعالى اعلم **فصل** في بيع الفضولي
قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة
الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك
مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون
كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن
ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه
بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما
تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض
الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من

وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على
اجازة المورث فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول
ابي يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** ومن غصب عبدا
فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل
لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز
البائع ولهذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب
اذا ادى الغاصب الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده
في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا
طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ عتق المشتري منه كذا ذكره هلال
وهو الاصح **قال** فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك

تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان
الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق
يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع
فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل
في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول
لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول
والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات
بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا
ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت
فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري
البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض
في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع
بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري
ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه ذكر في الزيادات
ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في
هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما

سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة
غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع
بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف
المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية
وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال
وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون
مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين
بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه
ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد
منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان
العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح
الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت
الآحاد في المالية يعرف العددي المتقارب وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة
لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه

عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف
بالعد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس
عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان
ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم في الحيوان
وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد
ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة
فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا
على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه
حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت
لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت
الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه
لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل
حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك
لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان
القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع
بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز

والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع
ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا
معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا
لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من
اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه
وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت
في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي
مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم قال الاعدل
من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز
السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه
السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر
على التحصيل فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل
معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من
نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف
مقداره لانه تاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما

في اول كتاب البيوع

لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب
الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه
آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار صلى الله عليه وسلم حيث قال ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال
اخيه المسلم ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي
بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير
ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا
كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار
رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه
اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في
موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار
كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي العقد
او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي
بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه
اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية
ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيه فيصير نظير اول اوقات
الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب
واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان

ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء
لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه
مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر
قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم
للمسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل
في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في
غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا
ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده
فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا
اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان
بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون
مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس
باستهلاك عندهما **قال** ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء

العقد وذلك بقيام المعقود عليه في السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه
واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ
في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم
تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه
في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام
محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما
مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب
السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكار الصحة لان المسلم فيه
يربو على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره
من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول
قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن
لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم
عندهما لانه منكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت
لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال
لانه منكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد
اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الا

منهما بانفراده ولهذا يستحق كل

الثمن وهذا جهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه يوجب التحالف
كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة
والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك
في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين
مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان
الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع
الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح
السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل والاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس
المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحد
هما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد
بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم
جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام
المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة

منها دين على المسلم إليه وثانيه لنقد ما السلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس
المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما ذكرنا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع
ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال
ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية
لأنه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه
كله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شبها بالمبيع فلا
يحل التصرف فيه قبل القبض وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا
لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من
كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من
رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له
ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه
لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة
ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن

في كر

الله لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد
المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن
من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل من الثمن لم يوجد
فلم يصح قال ومن اشترى جارية لم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وبه قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن
لم يطأها فليس بقبض والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان
أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فأقام
البائع البينة أنه باعه إياه فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع
إلى حقه بدون البيع وفيه إبطال حق المشتري وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأدي الثمن لأن
ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري
يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض
لأن حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا فإن
كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه وإذا حضر الآخر لم يأخذ
نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا دفع
الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه لأنه قضى دين غيره بغير أمره
فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه في القبض ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن المبيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر

يرجع بكمال الثمن واذا كان لا يرجع عليه بكله ان له حق الحبس الى ان يستوفي جميعه كالرهن
ما لم يقبضه واذا ادى الثمن من مال الغير قال ومن اشترى جارية بالف مثقال في ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم
الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد
منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقبض زيوفا وهو لا يعلم فانفقها
او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع
بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة
له عند المقابلة بجنسه فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها
لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن
اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان
كان يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه
وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع
ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه
عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة
الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة

فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز

الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا
فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة
عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة
لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا
لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار
اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما
لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه
لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون
الوصف يبقى مجهولا جهالة يفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف
لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من
ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه
يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه
المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه
تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع
فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل

اشارة الى قوله ولا خيار للصانع

٧٥

فيه ليصير سلما بما لا العاقد ايضا لان اللفظ حقيقة لما يستصنع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل
بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا دين يحتمل السلم
وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسائل منثورة
ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز
بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلوة
والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع
باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع
به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير لقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في
حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه الصلوة والسلام في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير
خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في
اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر
من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف
ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله

٧٦

الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة
النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة
والصياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال
جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا
ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن
الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر
فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق
ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا
والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او
اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه
في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قال فان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل
لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار
فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار
في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى
لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان
القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر

لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع
لا بد منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز
وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة
لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة
لما فيه من احتمال الربا قال ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف
مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الإتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة و
ألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة
على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن
خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين
من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد
أحدهما وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم رضي الله عنهم إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما
فيحمل عليه لظاهر حاله فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها وكذا في السيف
إن كان لا يتخلص إلا بضرر لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف
وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز
البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

فترجحت قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض
وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ
لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن
شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء قال وإن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا
خيار له لأنه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل
كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة
بكري شعير وكري حنطة لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام
على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل
نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرفه
إلى عبده وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين
ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في
الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبا
لأصله وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسائل الخصم لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح
كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشترى
وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الأخيرة العقد

صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم
التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي
فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة الفضة بدل
جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا
اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا
بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع
المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا
ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان
شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رحمه الله
يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح
الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال
ويجوز بيع درهم غلة بدرهمين والغلة ما يرده بيت المال وياخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم
من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب
على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا
بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود

لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في
الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم
الدراهم والدنانير فاعتبر الغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف
وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف
حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط القبض في
الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة
لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن
فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد
منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان
كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد
بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد وان كان لا يعلم لعدم
الرضا منه واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس
بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع
اوانه واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم
الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان
الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان

كان باطلا كما في البيع الفاسد **قال** ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع
وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها
سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت فعند ابي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها
لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها
لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن
عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن
غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر **قال** ومن اشترى
شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس
او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر
بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن
الدرهم من الفلوس وعند محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف
رحمه الله اصح لا سيما في ديارنا **قال** ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع

النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل
لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما
هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم
بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما
وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح **قال** الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه
كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية
على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه
ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي
والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه **قال** وتنعقد اذا قال
تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه
او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح
اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه وقال

٦٨

٨٣

على لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم
من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به
لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا
قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال وان شرط في الكفالة تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره
والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعي
ولو غاب المكفول به امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه
عن ايفاء الحق وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي
اعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال
واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل
من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على
ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر
المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لم يقدر
على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر
آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ
لانه قد يكون شهوده فيما عينه [illegible] ولو سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس

وعلى هذا لو قال بالفارسية [illegible]
لا يكون كفيلا ولو قال [illegible]

٤٧

٨٤

من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عنه
الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت
قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما
مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو
الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة
لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة لانه
تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا ان الكفالة تشبه البيع وتشبه النذر من حيث انه
التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم اواف به غدا فعليه المال فان
مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها
او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت
الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه لا تصح الكفالة على هذا الوجه

وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير تعيين فلم تجب احضار النفس واذا لم تجب لا يصح الكفالة
بالنفس فلم يصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ووجه الاستحسان ان المال ذكر معرفا فينصرف
الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا
بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية **قال** ولا تجوز
الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في
حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله
تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على
الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب
به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي
لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود
والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة **قال** والرهن والكفالة جائزان في الخراج
لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب
فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثاني يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا
اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان

لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل
لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون
بدل الكتابة وسيأتي في موضعه ان شاء الله تعالى **قال** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه
الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول
لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها
المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة
بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق **قال** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت
فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به
زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون
شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول
عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق
بمجرد الشرط كقوله اذا هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال
حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان
به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف
المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها

ومنه نفع الكفالة ولا ضرر فيه على المكفول بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره
رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله
رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرناه في الحوالة بخلاف
المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف
ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع
قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه
وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل
لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل
فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء
المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين
حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه واما ههنا فبخلافه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف
على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل
فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل فيرجع الكفيل على
الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع

الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة
قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة
التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء
فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء
والابراء فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه
اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب
حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من
معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان
اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر
ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين
كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان
المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا
والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان
امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل
القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه

فعلا واجبا **قال** ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز
وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر
عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ
الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه
الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك
المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس **قال** الا في مسئلة واحدة وهو
ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك
وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم
مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا
يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال
المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه **قال** واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه
رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال وله انه كفل بدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات
عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء
الى الاداء باق **قال** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطي صاحب المال فليس له ان يرجع

يرجع فيه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته
ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكره بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة
في يده قال فان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه
المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت
المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح
فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في
البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي
ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به
لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من
الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن
راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث
لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له **قال** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل
ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه
الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة
عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض
عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل

ثم قيل هذا الضمان ما يجب على المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس يتعين كونه وقيل هو لو كسر
لان الحسير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشتري
وهو الكفيل في الربح اي الزيادة علمنا انه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما
قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى
ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا الماضي اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك
والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل
عنه بامره فانه يقضى على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره فانه
يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه
لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء
فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال
فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل
فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما
انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل
رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى
في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري
فينزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم

يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي
اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعل كتبه الشهادة ليحفظ الحادثة
بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك
فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين فصل في الضمان قال ومن باع
لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام
المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه
ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين
لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل
الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو
يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان
اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى
وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب
بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه
غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول

المدعى ولو قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن
ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر
بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض
حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة
فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف
فيما روي عنه الحق الثاني بالاول والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل ومن اشترى عبدا فضمن
له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع
على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك
وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن
الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما
هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين
على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما
في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان

الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة
فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لان اداء
نائبه كادائه فيؤدي الى الدور قال واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح ان تكون الكفالة
بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة عن المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما
وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان
على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع
المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل
فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به قال واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف
في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين
قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع
على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب
الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله
تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة

قال وإذا لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه
ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن
المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء
المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه أدى عنه بأمره

باب كفالة العبد وعنه ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره
فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في
يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف
الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا
بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ
الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول به حرا فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد
فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول قال وإذا كفل
العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما
على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته
بالمال عن المولى إذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع
وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى

لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير
أمره فأجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة
الكفالة ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل وإثباته مطلقا ينافي معنى
الضم لأن من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة وهي جائزة بالديون لقوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملي فليتبع ولأنه
التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلأن الدين حقه
وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم
بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه
في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قال وإذا تمت الحوالة برئ المحيل
من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا أن
الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الأملى والأحسن في القضاء وإنما يجبر على القبول إذا نقد
المحيل لاحتمال عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى
حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وإن توي لأن البراءة حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد
ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه يحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع قال والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت

٩٧

معناه ان الرجوع لو حصل يحصل بكل واحد وهو التوى في الصورتين وقالا هذان ووجه ثالث
وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا
لهما لان مال الله تعالى غاد ورائح **قال** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت
بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره
الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين عليه
لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال
المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة
الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه **قال** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها
عليه اخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها
بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة
مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال
على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فياخذه منه لبطلت
الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده **قال**
ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما

٩٦

يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي
ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا
ففسق باخذ الرشوة وغيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي
رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر انه
لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان
المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من
امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان
اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول
ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى
غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر
والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله
ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل
بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من
الاحكام ما يبتنى عليها **قال** ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان
الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا

الفسيح ويكره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله صلى الله عليه وسلم من جعل قاضياً فكأنما ذبح بغير
سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعاً في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ
ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء
دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد **قال** ولا ينبغي
ان يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد
من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي
في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائراً الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق
لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه **قال** ومن قلد القضاء يسلم اليه
ديوان القاضي الذي كان قبله وهي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة
فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان
من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان
من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تديناً لا تمولاً ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه
ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف
الحال لا للالزام **قال** وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظراً فمن اعترف بحق الزمه اياه
لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة
الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره

لان فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في
الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل
قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا
بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه فيسلم ما في يده الى المقر له الاول
لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي **قال** ويجلس
للحكم جلوساً ظاهراً كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر
وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص و
الحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم
وكان رسول الله يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد
لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى
باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره
لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول
صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه حتى لو كانت
للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء

يتهم به ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة
ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه ان كانت خاصة كالهدية
والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها **قال** ويشهد الجنازة ويعود المريض
لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين
ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة
قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم
بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والاشارة والنظر **قال** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا
يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يرفع صوته على احدهما دون
الآخر ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء
قال ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة
المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

باب في الحبس

قال واذا ثبت
الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة
فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة
فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال واذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة
حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه

غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد
بالمهر معجله دون مؤجله **قال** ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه
ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه
ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله
مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين
الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق
وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك
بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة
ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك
من التقدير بشهر او اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال
الاشخاص فيه **قال** فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة
فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية
عامة المشايخ **قال** في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في
كتاب الحجر ان شاء الله تعالى **قال** في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل
عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده
مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته ما بيناه من قبل **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم
بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص

قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لانه احيا ولده ولانه لا تدارك لسقوطه بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد
به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو
المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم
المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها
ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده
وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج
فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة
الاباق فيه دونها وعنه رحمه الله انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله
انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان
من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام
بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون
العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العلم بما في
الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم

ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط
والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في
ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله
قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف
سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب
فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله اذا شهدوا ان هذا كتابه وخاتمه قبل
على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره
الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب
اليه اذا كان القاضي الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب
اليه لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما
وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على
ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان
مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في
الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه

ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد وصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور بالحكم اذا حكم يخالف الا ان
على قول الفقهاء في فصل الامر به اذ ما كان الخلاف ولا كذلك القضاء ولو قضى النائب بحضرة
من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راى الاول وهو الشرط
واذا فوض اليه ذلك فيصير الثاني نايبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الا ان يقول له الخليفة
ول من شئت واستبدل من شئت واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب
او السنة والاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى
به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه
ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه
النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده وعليه الفتوى
ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة
البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي
في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا
كان الدعوى بسبب معين وهي مسالة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح
ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة
فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار
والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام

الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته كالوكيل او
بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر
وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه
في الجامع الكبير قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر
على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر
والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة
والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما
لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع
حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على
دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات
وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطا فقضى
بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية
في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا ثبت

الفصل على قراره لان العادل لا يعدل ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا اذا قال اقر الخصم
مواضع للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين بعد الشهود وهما على خصومتهما يقبل قوله لان الولاية قائمة
وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والحكم
سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فلذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا
حكم عليهم لانه تقبل لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج
فيه الى الرأي **مسائل شتى من كتاب القضاء** واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا
يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي
عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه و
الملك يقتضي الاطلاق والحرمة لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف
في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق لعارض فاذا اشكل لا يزول المنع
على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه **قال** واذا كانت
زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا
بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها حقيقة حتى لا يكون
لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع
من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب **قال** وان كانت

مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة
مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها **قال** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها
الذي هي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح
ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل
انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء
قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة
وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة
ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ
لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف
ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا
من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد
العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ فقضى وهو عبارة
عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به

الصرف والسلم جائز والقبض يختص بالجياد وقد فات لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا قال
انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لان اقراره بقبض الحق صريحا او دلالة
بقبض والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم
حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار
والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك
شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال
لغيره اشتريت ذكرا لان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد
والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا **قال** ومن
ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام
هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء
يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ
منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك
علي شيء قط لان التوفيق فيه اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل
بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء
ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على
بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه

انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه تقبل اعتبارا
بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي
وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر **قال**
ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى
فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء
ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام هو الاستبداد وله ان الكل كشيء
واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى
بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت
قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف
الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان
ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا **قال** ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا

ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة
فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض
أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع إذ هو حي فيكون إقرارا على مال
الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها
فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس
له ابن غيري قضى بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقرارا
على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح وحين
أقر للثاني له مكذب فلم يصح **قال** وإذا قسم الميراث بين الغرماء فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا
من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل
والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما أن
القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولأبي حنيفة رحمه الله
أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده
أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد
الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والأصح
أنه على الخلاف وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ولهذا كان له
أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه

البعض **قال** وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها
ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هو في
يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذي هو في يده
جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن فلا يترك في يده
بخلاف المقر لأنه أمين وله أن القضاء للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض
يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة
الحادثة معلومة للقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج
فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير وقيل المنقول
على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه
إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة
ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا
كان أو عينا لأن المقضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في
ذلك بخلاف الاستيفاء لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي إلا نصيبه
وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان
الكل في يده ذكره في الجامع الكبير لأنه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده
ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء

والقصد ان يلتزم الصدقة بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال
اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال لان الظاهر التزام الصدقة
من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض
العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد
رحمه الله لا يدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع
لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ
المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما على
السواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر الاصل
احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه
ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي
الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاختصاصها بحال انقطاع ولاية الميت فلا تتوقف
على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف
لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز

تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها
كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف
الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف
اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي
مقام الامام وكل منهما لا تلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع
المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا
يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري
على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال
ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان
يقال يرجع بما ضمن ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له التركة فقد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه
رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير
ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد الحال في اكثر القضاة
الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة
اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة قال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام

١١٥

تهمة الخطأ والخيانة وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان فاسقا

جاهلا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال وإذا عزل القاضي

فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها

ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق إذا كان الذي قطعت يده

والذي أخذ منه المال مقرا أنه فعل ذلك وهو قاض ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في

قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله

في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن

أيضا لأنه فعل في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينا ولو زعم

المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه

أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا

مجنون والجنون منه كان معهودا ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان

على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما

وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعل في قضائه أو ادعى

أنه فعل في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة

وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود

ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا وقوله تعالى

١١٦

ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف

على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأنه بين حسبتين

إقامة الحد والتوقي عن الهتك قال والستر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده

لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا

والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام والصحابة رضي الله عنهم دلالة

ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق

منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع

القطع فلا يحصل إحياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة

من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم

لم يأتوا بأربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن

رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص

ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة

ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق

تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح والطلاق

والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال

إلا في الأموال وتوابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور

الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن

والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا والله اعلم

الا انها قبلت في الاموال ضرورة والاصل فيه ان القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق
بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول
الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء
في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه الصلوة والسلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى
الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم
حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين
سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط
البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع
واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع
عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت
عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من
العدالة ولفظة الشهادة فان لم تذكر الشاهدة لفظة الشهادة وقالت اعلم او اتيقن لم تقبل شهادتها
اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي من الشاهد هو العدل ولقوله تعالى

واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب
قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة
الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان
الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى
يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة
لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه الصلوة والسلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر
هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص
فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة
فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة
الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد

لابد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وكانت العلانية وحدها في الصدر الاول
ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة
ثم قيل لابد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل
لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح **قال** وفي قول من راى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه
عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله
يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان
الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم
اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق **قال** واذا كان
رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية
فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة
ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها
ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط
وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء وقالوا يشترط الاربعة في تزكية
شهود الزنا عند محمد رحمه الله **فصل** وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه
مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ذلك او رآه وسعه ان يشهد

به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع **قال**
ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو
فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس
على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل العلم في هذه الصورة
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد
على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها انما تصير موجبة بالنقل الى
مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع
ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره **قال** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة
لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل
هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون
في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا
نحن وانت **قال** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون

فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد
وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت
يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه
فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق
للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد
على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر انبساط
الازواج كما اذا راى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلوة
وعن محمد رحمه الله يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك
ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه اما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك
ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هو مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى
بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون
هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال

قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة
ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة
ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف
انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك
مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه
غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز
بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع
القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء
لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرسوا او جنوا او فسقوا بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان
الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية
وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله

على

لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله
بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله
تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى
واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته
لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد
اذا حد ثم عتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة
الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الآباء والاولاد متصلة ولهذا
لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال العبد الضعيف عفي عنه — التهمة
والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو
معنى قوله عليه الصلوة والسلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة
او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها **قال** ولا تقبل
شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي
متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في
الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به **قال**

قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من
وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى **قال** ولا لمكاتبه لما قلنا قال ولا شهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما
تقبل لانتفاء التهمة **قال** وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها — الرجل
متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض **قال** ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث
في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة
قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه الصلوة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية **قال** ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور
لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض
النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني **قال** ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة **قال** ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير
مئزر لان كشف العورة حرام **قال** او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك
من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق
مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا
مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا **قال** ولا من
يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروءة واذا كان
لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف

لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي
لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه
وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي
اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون
الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على الشبهة
بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى
ومن كفر بعد ذلك فاولئك هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم والكافرون هم الظالمون
فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له
وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة الى المسلم ولانه يتقول عليه لانه يغيظه
قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي
على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا الذمي
منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين
يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت
الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة

العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح
به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح
احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه
لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع
عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق
الولد ككفرهما وقال مالك رحمه الله لا يقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا
العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها
في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه يقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق
لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا
شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي
لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت
او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد
لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف
فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا

لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكره لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت فانما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة **قال** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم **قال** ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذلك لو اقامها على اني صالحت الشهود على هذا المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل

باصل الشهادة فصار الكلام واحدا ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال **قال** وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطف احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره

الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسين بخلاف العشرة وخمسة عشر لانه ليس بينهما
حرف فهو نظير الالف والالفين قال وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي
شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى
الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه
خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم تسمع قوله انه قضاه لانه شهادة
فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء
مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك
ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير
رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة
على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا
انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي كذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في
غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل
الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت
احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء
بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها
قطع وان قال احدهما بقرة وقال الاخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

والحمرة لا في السواد

لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على
كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة
وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب لان
التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف
على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد الاخر
انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف
باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد
شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما
لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا
ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود
اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين
فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى
في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة
عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة

فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فهو دعوى الدين قال فاما
النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح
ايضا وذكر في الامالي قول ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف في العقد لان
المقصود من الجانبين فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع
والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع
الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه فيستوي دعوى اقل المالين والاكثر في
الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج
اجماع انه لا تقبل لان مقصوده قد يكون المال ومقصودها ليس الا العقد والاختلاف الخلاف
في الفصلين هذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام البينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده
فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث
لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث
متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة قال ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان

شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع
والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل قال وان شهدوا انها كانت
في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب
يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام
ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل
وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت
ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة
المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو
وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال
وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار
وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا
هو الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على
الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد
الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى
التواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة
من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز

عنه بحبس الشهود ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا الاربع على كل اصل
اثنان لان كل شاهدين قاما مقام واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله
عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق
فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا
وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة
الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان
فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه
فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس
القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة
وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد
من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور
اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد
على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده يثبت
بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد
من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر التحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع

الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور
مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز
وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من
الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا
لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس
قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل
شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح
لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة
نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادته فلا تهمة قال وان
سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله
ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة
كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود
الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها
فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة
لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها

فلا بد من تعريفها بتلك النسبة نظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود وبذكر حدوده وشهدوا
على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر
المدعى عليه كون الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور
ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها
وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة
الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة
والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى
المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل
منزلة الجد الادنى **فصل** قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا
اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد
وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل
بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فيجب
التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى
الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا

سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام
ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي
انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه
في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران
وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات
ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم **كتاب الرجوع**
عن الشهادة قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت
بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي
ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله
فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة
الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي
قاض كان ولان الرجوع توبة على حسب الجناية فالسر بالسر والعلانية بالعلانية واذا لم يصح
الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان
وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي
كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا

١٣٧

ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البير وقد سببا
للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا
تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس
عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا
قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين
والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع
من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا
ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف
متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لان
ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق
لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي
نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل
والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس
الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل
ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه الصلوة والسلام في نقصان

١٣٨

نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة
رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا
ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة
ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد رجلان
على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من
مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة
على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل
وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان
على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل
ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة
او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة
ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه
خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف
التلف اليهم قال وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف
المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت
سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح

ثم يجب نصف المهر بدون هذا الطريق المتعين فكان واجبا بشهادتهما وان شهدا انه اعتق عبده
ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا
يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه المكره بل
اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان
السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي ههنا لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته
ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص
بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف **قال** واذا رجع
شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا
اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم
انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما
قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من
الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع
الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم
وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع
لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه

الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود
الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من
القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا
على غيرهم بالرجوع **قال** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف
شهود الاحصان لانه شرط محض **قال** واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود
الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف مضاف الى مثبتي
السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط
ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق
قبل الدخول **كتاب الوكالة** **قال** كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه
جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال
فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا لحاجته وقد صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات
وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها
واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح في استيفائها مع غيبة

الطالب للبينة

الموكل عن المجلس لانه تتعذر ما تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا قال وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لان التوكيل انابة وشبهة النيابة تحترز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قال قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض

١٤١

٧٦

المرض

المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالكم ثم كما يلزم التوكيل عنده من المرأة اذا ارادت السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره قال ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة قال وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه

١٤٢

تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح
ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا
وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك
كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب
يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم
لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسألة العيب تفصيل نذكره ان
شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان
حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة
تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى
الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا
يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه
لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الا
نكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا

وكذا الشركة والمضاربة الا ان الوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك
للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز
ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا
فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة
ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين
الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه
يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين باب الوكالة
بالبيع والشراء فصل في الشراء قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه
وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان
يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه
يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا
لان مبنى الوكالة على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو
مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل
وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش
الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء

عبدا او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان سمى النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي
والمولد جاز وكذا اذا سمى الثمن لما ذكرناه ولو سمى النوع او الثمن ولم يسم الصفة الجودة
والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب
النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس
من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال **قال** وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز
معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى آخر دراهم
وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على
الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق **قال** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا
باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا

ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا
بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل
به دفعا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك
لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان
فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة
الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق
به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض و
ينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح واذا دفع الوكيل
بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم
المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد
علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال
الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده
وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له
ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن
التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان
لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله

وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر لانه منعه
بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف
انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان
البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده
الموكل بعيب ورضي به الوكيل **قال** واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض
النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل
لابي يوسف رحمه الله انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال
فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه
بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة
فينفذ شراؤها على الوكيل وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا
بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم
يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي
الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من
الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل

آخر فاشتراه الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه
الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ
على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال
رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد
عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع
وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله
عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه
الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل
لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة
على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان
الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم
النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك
المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح
كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا
بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول
الآمر وان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر

عما يملك استئنافه وهو يريد الرجوع بالثمن على الآخر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني
هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا إن
كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله
القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر
بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده
هنا وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن
منقودا أو غير منقود وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لأن الوكيل
بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين
على ما ذكرنا لأبي حنيفة رحمه الله **قال** ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون
فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته فإن لفلان أن يأخذه لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار
اللاحق وإن قال فلان لم آمره لم يكن له لأن الإقرار يرتد برده **قال** إلا أن يسلمه المشتري له
فيكون بيعا وعليه العهدة لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه
ثم سلمه المشترى له ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد
الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب **قال** ومن أمر رجلا أن
يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق
وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا

وهذا كله

١٤٩

١٥٠

وهذا كله بالإجماع ولو أمره أن يشتري هذين العبدين بألف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله إن
اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما
وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء
بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت
فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا لأن شراء الأول قائم
وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح
يفوقها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف
بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق
لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها
الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا
العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر
إن شاء الله تعالى وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده
قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا إذا أمره
أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا تتعين في المعاوضات
دينا كان أو عينا ألا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل
العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل

١٥١

كبيده ولابي حنيفة رحمه الله انها انما تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة
بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او سقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت
كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز
كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا
عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه
لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالالف فالقول قول
المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول
ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر
اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما
يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع
الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية
المامور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال

١٥٢

وقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول
قول المامور مع يمينه وقيل لا تحالف هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع
اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالف كما ذكرنا
وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي
عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا
قول الامام الزاهد الكبير ابي منصور الماتريدي رحمه الله وهو اظهر فصل في التوكيل
بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها
اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا الوجه فهو حر والولاء للمولى
لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه
اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء
وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا
لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة
يثبت الملك له قال والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه
في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه
لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا
احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب
في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال

لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى
لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد
للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه عتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة
والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ
على الوكيل قال وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين
فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فصل في البيع قال والوكيل
بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة
اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في
يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع
التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان
المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف
قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز
بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر
يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن
المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع

البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء
فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع
التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسئلة
ممنوعة على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه انه بيع من كل وجه حتى ان من حلف
لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه
والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده
بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله
لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان
وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح
اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عقده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في
العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي
لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات
ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول
ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله
ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد
الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع
النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع

١٥٥

النصف الآخر وقيل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول
تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه
لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة
فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين
انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في
الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه
اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يعتبر فيه تقييده والاطلاق قال ومن
امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله
بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي
تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل
اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه
تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء
او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد
حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على
الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله

٨٠

١٥٦

مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن
علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقراره لزم المأمور
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم
الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله
حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما
والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ
كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله
والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة
الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرناه والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع
بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر
امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول
قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف
في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا
ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه
سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة
الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم

١٥٢

قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباع واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى
المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان
وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه
في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك
الموكل حجره عنه فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون
الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي
برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في
الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع متعذر للافضاء
الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته
بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء
لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى
انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل
ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه
والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضاء
او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه فاذا جاز في هذا الوجه يكون
الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت

١٥١

موت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد
وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان
عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل
فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز
لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين
وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في
الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان
غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد
او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف
في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك
انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه
ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد
اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية
واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده
بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع
اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح باب الوكالة

بالخصومة والقبض **قال** والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته
والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئا ملك تمامه وتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد
يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على
أصل الرواية لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاضي على الوضع
والفتوى على أن لا يملك **قال** فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه
رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض
الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقيمت عليه البينة على
استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا
بالقبض رضا بها ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها
إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل
بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه
بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء
لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها
فيكون خصما فيها **قال** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالإجماع لأنه أمين
محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام

الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان
والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان
أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البائع يعاد
البينة على البيع فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في
قصر يده كذا هذا **قال** وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه إذا أقامت
المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر
يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق **قال** وإذا أقر الوكيل بالخصومة
على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره
عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف
أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة
والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار
وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى
وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب
دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه
تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه
وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق

يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا
عليه وتخيير الطالب ثم بعد ذلك يقول ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قام مقام الموكل
واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه ولهما ان التوكيل يتناول جوابا
يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج
في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس
القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة
حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس
القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما **قال** ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن
الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه
في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها
لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه
حتى ضمن قيمته للغرماء وللطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان
باطلا لما بيناه **قال** ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم
الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه
والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة و
القول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده
لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده

يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم
لا يظلم غيره **قال** الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما
وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما
قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار
حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
الياس عن غرضه **قال** ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم
اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا
له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا
على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم
يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق
في دعوى البيع عليه **قال** فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد
استوفاه فانه يدفع المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه
فلا يؤخر الحق **قال** ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب

قال

١٦٣

قال وان وكله بعيب في جاريته فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري
بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ
عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند
ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عند ابي حنيفة رحمه الله بعد ذلك
لانه لا يفيد فاما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في
الفصلين جميعا ولا يؤخر لان التدارك ممكن عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين جميعا لانه يعتبر النظر
حتى يستحلف المشتري ولو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع
الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة
لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل
هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق
به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز
حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق
اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره

٨٤

١٦٢

وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل
الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف
غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط
ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار
كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا
قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده
فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما
تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر
في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار
الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز
او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم
او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق
بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل
قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد
واما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف

١٦٥

بمعنى قائم به وانما يعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف
باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود
كما في ملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة
في الظاهر وعن محمد رحمه الله انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى
الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق

قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل
ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة
او بشراء شيء ففعله بنفسه او وكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت
عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت
الوكالة حتى لو تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع
عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان
يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة
اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه
ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء
فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله
اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى

١٦٦

عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى
وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيها فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا
يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي
من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه
هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول
له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا
معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في
الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان
النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة
من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا
واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير
المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال وان ادعى
عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر
النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود

والنسبة ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو
الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود وان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف
به المدعى ولا كذلك اذا تركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في
الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار
لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي
هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة
وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده
او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب
ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا
وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه
يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف
قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة
لقوله عليه الصلوة والسلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف **قال** فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين
حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال

المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر
وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه
يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما
روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف
فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله
عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة
وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي
يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح
ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا
او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف
النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها **قال**
واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يقضى عليه بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع
عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب

ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض
عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لا
علامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما
المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول
قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول
اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كان الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء و
الرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية
انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت نسب الا
ستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه
كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه
الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله
اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة
الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة

الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء
على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين
قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل
فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت
المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان
الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا
ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح
وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في
الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت
باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعوى الابن
تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد
استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس
حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه
الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب المال
خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي
يدعي العمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل
بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا

انه لا يصح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فيملكه كقطع اليد المتآكلة
وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة
قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب
نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى
استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور
مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين
الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في
المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل
والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا
لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى **فصل في كيفية اليمين** والاستحلاف قال واليمين بالله
دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقد يؤكد
بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي
ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا

الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء لم يغلظ فيقول
قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في
زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة
الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لقوله عليه الصلوة والسلام لابن صوريا الاعور انشدك
بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد
نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى صلوات الله عليهما فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل
على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة
انه لا يحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا
بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي
ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان
الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى ولئن سألتهم ليقولن الله قال ولا يحلفون
في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع
من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت

لانه باع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله
ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع قال وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح
قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف في جميع ذلك على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد واما على قول ابي يوسف رحمهم الله يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا
عرض المدعا عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه ان انكر السبب
يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع
الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي
مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يتكرر
برفع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة
والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا
يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما
صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود
المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا
فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان

يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه **باب التحالف** قال واذا اختلف المتبايعان
في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع
وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر
مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة
اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة
الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه
البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا
البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به
يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف
للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا
وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن
ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى

175

زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبدأ بيمين البائع
لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع
خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي
بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على
ذلك وضعت يدل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه
كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت
البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما
عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر
فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء
بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في
جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف

176

بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول
قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول قول المنكر في العوارض
قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري
وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا
اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي
غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا
اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد
القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة
والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه
ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه
العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان
عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك
ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في
الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع
الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له في ثمن الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي
والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان

١٧٧

هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف فالهلاك يتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على
خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها
ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة
بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى أن يترك حصة
الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
هذا تخريج بعض المشايخ رحمهم الله ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف لما ذكرنا وقالوا
إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك
شيئا أصلا وقال بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا
يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما
أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما
بيناه في القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ
العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف
والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع
وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى
المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول
للبائع وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى وهو قياس

٩١

١٧٨

ما بينا ذكر في فروع الأصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده
يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك
فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر
إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو أن في الأيمان يعتبر
الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع
منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة
الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح بالزيادة
الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف رحمه الله **قال** ومن اشترى
جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا
التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين وإنما أثبتناه
بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع
قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه غير المشتري في يد البائع
البيع بعد الإقالة يقبل التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد لأنه يرى النص معلولا
بعد القبض أيضا **قال** ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول
قول المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب

وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع لـ
على الفسخ فيهما **قال** واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف
وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نوّر دعواه بالحجة وان اقاما
البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المرأة
وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام
التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر
فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر
شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعت المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما
اعترف به الزوج واقل مما اعترف به المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة
على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان
مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم التحالف
في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول
كما في المشتري وتخريج الرازي رحمه الله بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا
خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه
الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في
الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل

قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في
الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر
وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان
الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة
كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة
يقضى بشهرين بعشرة **قال** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم
مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه
هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان
القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة
كانه ابتدأ العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض
تعذر في الكل **قال** واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع
والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله

/81

ان البدل تقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو لم يسلم للعبد وانما تنعقد مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فيحصل الامان في قدر البدل لا غير فلا اجتماع قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك

/82

فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال بعضهم لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى رحمه الله لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه لا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول علم تعين بين يديه وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة **قال** وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما

معارضا فصار بدعوى الفعل عليه ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده
حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب
اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في
يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت
مني بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان
وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل
الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم
البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه يثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب دعوى الرجلين

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر
التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم
بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في
ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في
الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد

احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل
يقبله وانما ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح
امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما
قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى
من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضي بها
ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو
مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين
وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق
قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد واقاما بينة فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي
يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب كما في الفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز
المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده
ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان
يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور
استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما اذا قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث

ان يأخذ النصف لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول
منهما لانه اثبت الشرى في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقت
احدهما ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو
اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في
الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا
ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة **قال** واذا ادعى احدهما
شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى
لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة
يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة
سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل
والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع
طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع **قال** واذا ادعى احدهما الشراء
وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة
يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء
اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك
للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا

وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت
الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير
مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى
من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك
معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض **قال** وان اقام الخارجان البينة على الملك
المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا
يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه وان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب
اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع
له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان
الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين
وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك
لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره
ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه
والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** وان اقام الخارج
البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة

وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين
قامت على مطلق الملك ولم تتعرض للتاريخ فكان الاقدم والاحدث سواء ولهما ان البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف
اذا كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا قال ولو اقام الخارج وذو اليد البينة
على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج
اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة
ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من
جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما
سواء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي
اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على
البعض ولابي يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق
يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين اولى كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ
يضامه احتمال عدم التقدم فيسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على الملك المطلق بخلاف
الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان
اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة

١٨٧

قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا
لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على
النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب
النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي
من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج
لصاحب اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد
لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام
البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر
قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحبوب
والحنطة فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج
لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم رجع الى الاصل
قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان
صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي
هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل

١٨٨

منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار
في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد رحمه الله
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر
وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك
للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان
السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء
له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف
قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد
الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا
بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان
وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب
اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز
في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه
وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان
وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض
ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر

والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعاها
اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها
ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف
لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما
وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه
سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد
لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات **قال** ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى
ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو
لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال**
واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا
وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان
اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك
في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل** في التنازع بالايدي

في لبس الخفان

وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه
أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى
أولى لأن تصرفه أظهر بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في
التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف
وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه
أظهرهما تصرفاً ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه
لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا **قال** وإذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب
زيادة في الاستحقاق **قال** وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال
أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ولو قال أنا عبد فلان فهو عبد للذي في يده
لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده
لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما إذا كان
يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره **قال** وإذا
كان الحائط لرجل عليه جذوع أو هو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب
الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر
صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد
بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا

شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء
يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً
حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان
لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة
وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه
في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على
قدر خشبتهما والقياس أن يكون بينهما نصفان لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه
الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع
كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى
له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر
اتصال فالأول أولى ويروى أن الثاني أولى لأن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف أقوى وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران
كبناء واحد ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ره **قال** وإذا كانت دار
في يد رجل منها عشرة أبيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما
في استعمالها وهو المرور فيها **قال** وإذا ادعى الرجلان أرضاً يعني يدعي كل واحد منهما
أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد

منهما غير مؤقتة لتعذر جعلها زمانا وما عن علم القاضي فالبينة تبقيه وان لم يقم
احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وقد تحقق لاحدهما من غير
حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض
او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه متناقضا
ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة
على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض
واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع
لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة
البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه
دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع
لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت
النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت
به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان

يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد
من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في
المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد
ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت
الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع
لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف
اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها
حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده
في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال رضي الله عنه وفي الجامع
الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع
الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق
الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا
يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر والام امة
لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته

فيه وفي البيع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق
الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع
في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة
الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول
ترد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال
ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل
البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا
كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان
هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر
وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من
البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب
احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت
نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق
الثاني حادثا لانه لا حبل اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان
توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما
ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق
والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية

وحريته الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه
لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا
لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحرية الاصل فيه فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق
في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير
لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل
فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد
ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى
هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار
ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان
لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق
المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه
يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له حق
ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله
لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه
لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق
حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض

الا قوي بجر الولاء من جانب قوم الام الى قوم الاب فقد عرض على الولاء الموقوف
ما هو اقوى منه وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا اصلح مخرجا على اصله
فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره
قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي
فهو ابن النصراني وحر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي
في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية
ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت
دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت
امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسألة ان يكون
المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل
لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب
فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة
ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد عرف في الطلاق وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون
غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم
تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم
الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان

ان الولد بينهما لقيام ايديهما ولقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه
فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان
المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت
ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالاجماع
الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في
حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا
بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد
لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه
لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره
فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا
ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه
باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع **كتاب الاقرار** قال واذا اقر
الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار
عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا
الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه

وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقاً فان العبد المأذون وان كان ملحقاً بالحر في حق الاقرار
ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحد والقصاص لان اقراره عهد موجباً
لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه
من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام
اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذوناً له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به
لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولاً بان اتلف مالاً لا يدري قيمته او يجرح
جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت
الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقاً ويقال له بين المجهول لان
التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين
ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك
يكون رجوعاً **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو
المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئاً
ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة ولو قال لفلان علي
مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه
اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالاً عرفاً وقال له

مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف بالعظم فلا يجوز
الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث
تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال
من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من
فن سماه اعتباراً لادنى الجمع وان قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى
وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة
دراهم ثم يقال احد عشر درهماً فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو
قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله و
ينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في اقل من احد عشر
لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا
وكذا درهماً لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بحرف العطف واقل
ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهماً فهو درهم لانه
تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو
فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي

بعد اقراره بالدين لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة وقوله
المقر به وديعة وصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال
محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال العبد الضعيف عصمه الله وفي نسخ المختصر في قوله
قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن
الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في
كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك
يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها
او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية
عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية
لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو
الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك
يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه
بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار
بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل
لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر فان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال
مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال

الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا
تفسير له فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم
استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله
وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة
وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين وعقبهما
تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان
تفسيرا لهما **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا
في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف
فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة
لان كلمة من للانتزاع فيكون الاقرار بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه
الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول
محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم
الخاتم يشمل الكل **قال** ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل
ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في
منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه
ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة

الثوب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله احد عشر ثوبا لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف
في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع
الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول
محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال
وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال
ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده ويسقط الغاية
وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان
ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء
وقد مرت الدلائل في الطلاق **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان
قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له
ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال
للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني
لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار

مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين
عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره
ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه **قال** ومن اقر بشرط
الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة
ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل **باب الاستثناء وما في معناه** **قال** ومن استثنى متصلا
باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن
لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق
ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء
وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه
لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا
من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار
ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق
عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدارا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم
وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدارا فبقي المستثنى به من الدراهم مجهولا فلا يصح **قال**
ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة

الله

اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا
قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس
لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون
المال حالا **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء
دخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم
والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال
الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة
لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض
هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث
يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو
ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني
ان يقول المقر له العبد عبدك انما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند
سلامة العبد وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول
العبد ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه

دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر
ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكره واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر
عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت
عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على
وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان
اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا
كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من
ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال
عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا
بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا
لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من
ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير
ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره
عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب
وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في

سماع

آخره ان شاء الله تعالى لان ذلك تعليق وهو ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة قال المصنف رحمه الله لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم
يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة مجازا الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا
الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال
المشتري بعتنيه سليما فالقول قول المشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول انه يصدق
في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان
التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود
لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال غصبته الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا

تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله
وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم
لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا الا انه
ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيافة لانها وصف والاستثناء اللفظي يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان
الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب
معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت
فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في
الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول
له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول
للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع لا يكون
الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في
انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث
يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له
يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها
فقال هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه

فلانا فركبها ثم ردها الي او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذت منه الدابة او الثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان
ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح
وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف
الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد
للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله
في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال
اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف
الآخر وهو الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا
بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له
حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء
فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه
الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم
وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط
قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بمجرد فعل منه وقد

وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في
صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي
دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة
القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه
ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة
الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز
وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه
حالة الحجر فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل
مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما
على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان
يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك
سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** فاذا قضيت
يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما
رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** واذا لم يكن عليه دين في صحته جاز اقراره لانه
لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز
ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ

والمراد التقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رحمه الله
في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة
للوارث ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في
مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة
الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر
عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار
بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره قال وان
اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه
الا انا نقول لما صح اقراره بالكل كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى
ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها
بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث
فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا
لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان
لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في
الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار
المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج
لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة
فيه مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق
هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم
لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو
اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق
المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه
عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست
هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول
وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى
بماله كله لانسان كان ماله كله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت

فبطل الاقرار ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره
تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري
اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن
مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر
خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر
لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر
وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلوة والسلام كل صلح
جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت
لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان
المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما
بعينه كالخمر او حرم حلالا بعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان
المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا
اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة

جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة
على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع
بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة
والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة
ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار
ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا بالشك قال واذا صالح عن
دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا
لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح
عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم
الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض
لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض
في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض
في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه
رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه
هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على انكاره حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار
منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق

في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من
العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن
شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان
ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح
فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز عن دعوى
الاموال لانه في معنى البيع على ما مر **قال** وعن المنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن **قال** ويصح عن جناية
العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح
وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مهرا صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية
يجب الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر
المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في
النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل
قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل
بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين
على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة
على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا
صالح

صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا
عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز لانه تعين
الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق
التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين **قال** ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز
الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد
لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على
الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى
رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع
لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ ما
فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه **قال** وان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها
على مال بذله لها جاز قال العبد الضعيف هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة
في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح **قال**
وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال
لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه
يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل
ويثبت الولاء **قال** واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا

فصالحه جاز ووجه الفرق ان عبده ليس من تجارته والماذون له لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا اما المال
المولى عن عبده كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المحجور كان ازاله عنه
وبه شراؤه فيملكه **قال** ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم
جاز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه لان الواجب هو القيمة
وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله
ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى
لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون
ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما
وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عنده ووجه الفرق
لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا
الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح
عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم عمد او كان الصلح على
بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح
الا ان يضمنه لانه هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع
الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح رجل عنه بغير امره فهو

فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفي حقها هو والاجنبي
والمدعى عليه سواء فيصح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه
كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك
للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك
اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه
الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة
العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان
اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة
حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي
عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه اخر ان يقول صالحتك على
هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله
ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه
ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا
صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه
جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله والله اعلم

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة
لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على

آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه ابراه
عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكأنه اجل نفس الحق
لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر
لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير
نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق
بالعقد فيكون بازاء ما حطه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كانت له الف سود فصالحه على خمسمائة
بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا
بخلاف ما اذا صالح عن الف بيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين
وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا تعتبر الصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة
دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه يمكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا
للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي
غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء وان لم يدفع الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره
بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود
كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه غرض صحيح
حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة

مكان — عوضا

المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان
لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه
ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على
انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر
على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني
الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح
عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء الخمسمائة لان
الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا
فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء
وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة
ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة
او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط
باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد قال
ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال
ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به فصل في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان

حصل

لتضمن الشريك ربع الدين والاصل في هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة
وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ
تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة
وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان
يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء
اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك **قال** ولو
استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي
لانهما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة **قال** ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة
كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف
الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا
ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان
يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله
ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة
الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو
ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي
من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي

الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشترى شيئا شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية
وكذا الصلح عليه عن جناية العمد **قال** واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس
المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما
اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة
ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد قائم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع
المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم
يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق **فصل** في التخارج
واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز
قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية
امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت
التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس
فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان
جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة
وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه
بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه

حرف في هذا المقدار ولو كان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى
خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف **قال** واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه
في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من
عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرا الغرماء عنه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح
جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين
وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين
ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها
اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة
لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجته ولو فعلوا قالوا يجوز
وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في
الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال
غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم
مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت
الصحابة رضوان الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه
لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى

استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على
الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر
ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا
قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا
وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع
من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز بخلاف ما اذا
قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح
هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة
بالعرض **قال** ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة
لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة **قال** فان شرط لاحدهما
زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح
وهذا لانه في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز باجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد
كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد
وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة لانه عين مستاجره في يده وكل شرط
يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال
امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل

من الجانب الآخر ولا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص
يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان
يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان
اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد
مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي
لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة
مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان
اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر
وعنه وعن ابي حنيفة رحمهما الله ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة
وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا
يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له
اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له
اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا

يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط
بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها
لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة
الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج
الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر
حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك
ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى
ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية
الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال
الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب
وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق
لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا
قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال
خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها
وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد
لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف

على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
القصر على المكان وفائدة الثاني القصر على النوع هذا هو المراد عرفا لا ما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت
للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار
كالتقييد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع
لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك
بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف
قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق
على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه
فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له
فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا
لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار
كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة
قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي
الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في
الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم
ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كما

المضاربة اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر الربح كذا هنا فاذا زادت قيمة الغلام
الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الغلام ثم ازدادت القيمة لان ذلك
العتق قد بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث
الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه
في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف العتق
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له
ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء
ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف
نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال
لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة
يضمن نصيب شريكه كذا هنا بخلاف ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** **قال**
واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب
حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف
لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة

بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابى حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما
المضارب فلا يضمن بهما الا اذا ربح فحينئذ ثبت له شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت
المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثانى وقيل لا ينبغى ان لا يضمن الثانى عند ابى
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول
وان شاء ضمن الثانى بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع
المودع ان المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه
فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ما شرطا
لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان
ضمن الثانى رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد بالعقد
وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح
للثانى ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء
الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه
الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثانى وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا
نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثانى
مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى
فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى
فيكون له فلم يبق للاول الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثانى وقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم

بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان
فللمضارب الثانى الثلث والباقى بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه
نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع
الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شىء فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثانى
النصف والباقى بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض
اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون
بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلى نصفه او قال فما كان من فضل فبينى وبينك نصفان
وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شىء للمضارب
الاول لانه جعل لنفسه مطلق النصف فينصرف شرط الاول النصف للثانى الى جميع نصيبه فيكون للثانى النصف
بالشرط ويخرج الاول بغير شىء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب
الثانى ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ويضمن المضارب الاول للثانى سدس الربح
فى ماله لانه شرط للثانى شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية فى نفسها
صحيحة لكون المسمى معلوما فى عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره فى ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

واذا شرط
المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو
جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى اخذ
ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن

السليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من
التسليم على ما مر ولو شرط من المضاربة ان يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى
اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون
عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك
وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف **فصل** في العزل
والقسمة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة
وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله
ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف
تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة
على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة فان عزل رب المال المضارب
ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم
بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي
تبتني على راس المال وانما ينض بالبيع **قال** ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة
معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت
لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي
ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان
يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال
ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها **قال** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره

الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء
لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع
الى العاقد فلا بد من توكيله كيلا يضيع حقه **قال** في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة
وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة **قال** وما هلك
من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف
الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان
الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح
لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان
ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله
واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخ المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر **فصل** فيما يفعله المضارب
قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد
الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان
يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن
لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع
اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة

ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل
لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي
لحال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع
نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء
للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع
والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق
به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال
غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد
ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم
والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة ونحو ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا
يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفتجة نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض
والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج
الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد
لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة
لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال

وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح
وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف
شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح
لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع
واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته
في المال فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراؤه وكراؤه ووجه الفرق
ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي
واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا
يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف
المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده
في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت
باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف
دابته يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن
الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة ووجه الظاهر

٢٣٥

ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ومن ثم كانت نفقة المرأة على الزوج دون الدواء
في ماله قال واذا ربح اقتدر به لما انفق من اصل المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع
من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني
ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف
فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على المال
فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قائم
به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس
بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه
قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه **فصل** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه
بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب
خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب
لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين
فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار
مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الثمن واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما ذكرنا
وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته وخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه
ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين والفا وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة

٢٣٦

مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا باع العبد باربعة آلاف فحصة المضارب
منه الف يرفع راس المال وبقي خمسمائة ربح بينهما **قال** واذا كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه اياه بالف باعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة
وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة
فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف
بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على
المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا
واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة
اما نصيب المضارب فلما بينا ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة
الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء شراء فيكون العبد بينهما ارباعا
لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** فان كان معه الف فاشترى
بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه لان المال امانة
في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا
كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة
تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا

اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده

اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة

ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف** قال وان كان مع المضارب الف فقال

دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب

وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب

يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة

في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو

اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد

من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف

درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال

لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب

اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب

يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها

فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا

على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة

ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول والله اعلم

كتاب الوديعة الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس

على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه

يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر

انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه

ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها

غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل

لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا ان

يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه

تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة

للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر

على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه **قال** وان خلطها

المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه

ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول

الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله

انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات

الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا

في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت

وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة

باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر
التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله
يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة **قال** وان اختلطت بماله
من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا
بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون
استهلاكا على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا
فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان
لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق
لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا
فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه
لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ
عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة
وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك
عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم
العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان

بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة
محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له
حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار
كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في
المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي
التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد
اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قال** واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما وفي الجامع
نصيبه استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه وقالا له ذلك والخلاف في
المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالب بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين
المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع
اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمعين المفرز
يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع
بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها اما قوله لان له ان ياخذه
قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت لها الف درهم وديعة عند انسان
وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه **قال** وان اودع رجل
عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما

احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدفع اليه

نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجواب
في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في
الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما الكل لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي
تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع دون
القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى
احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها
لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه
لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن
اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط
مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان
البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان
الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا
بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح
الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن

عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه

[illegible] الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول
لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون
الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه
ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما
لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا
تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى
ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها
رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى
بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف
لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تشاحا في البداية اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني
فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعطي الثاني ما ادعاه لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف
للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول
انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا
يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما
لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف
حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي

لان النكول حجة [illegible]

في نسخ الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني
لانه يقدمه اما اتفاقا او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله انه ينفذ قضاؤه
للاول وموضع المسئلة في العيون انه نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي
للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار
للاول وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي
ان يحلف عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع
بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وهذه فرعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم
دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع
الحاجة ولفظ الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تمليك
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون مضرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع
وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع
زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه

الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما
لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن
له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة
عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع
في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا
فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة
ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن
ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم
الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه تمليك المنافع بغير عوض او اباحتها والقبض
لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو قبضه لا للانتفاع فلم يقع
تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء
مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان
يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا
لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب
الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه الى المستاجر لانه اذا لم يجز والم
العارية كان غصبا فان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير
لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع على المواجر اذا لم يعلم انه

كان عارية في يده دفعا للضرر المغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له
لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة
كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة
وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال
رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت
والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني
ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك
او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع
عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت
وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب
غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك
المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او
القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد
المثل مقامه قالوا وهذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها

ليعير

بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار
آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلد به قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز
وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة
تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها
ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد
من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح الرجوع لما ذكرنا
ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث
وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر
الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما
ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا واذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب
الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ
منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف
الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير
لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعته والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين
المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة
للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد
والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها

الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها
وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها
الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا
ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ
فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من
في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت
العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه **قال** ومن استعار دابة فردها
مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها
بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب
الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد
الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه
احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض
المشايخ وقال بعضهم يملك لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة
قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني
لان لفظ الاعارة موضوع له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان
لفظ الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه
فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله تعالى اعلم

كتاب الهبة الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلوة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد
الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد
بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل
القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تجوز الهبة
الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات
الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان
ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن
الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد
الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة
من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه
تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في
مقابلة الصريح **قال** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل
فيه قال النبي عليه الصلوة والسلام أكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله
بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه
الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فاما الاول
فلقوله عليه الصلوة والسلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الثاني فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل
الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه
يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه فيحمل عليه ولو
قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة
فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم
وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا
ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى
لانه تفسير له **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز
في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون
محلا للعقد الهبة وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا
امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه مؤنة التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه
لا تلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها
القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان
فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض

القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على
نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده
لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن
في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا
ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم
والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع
قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه
والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة وقبض
الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان
مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا
وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض
الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له
وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه
فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من
ولاية التحصيل للنافع وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي
آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه **قال** وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا
وان

لانه نافع وهو من اهله وفيما اذا وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها
اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه
الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع
حضوره لا ضرورة **قال** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا
شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد
فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت
فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى
هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما
لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق
بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة
لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة
لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى
وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة
على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف روايتان فابو حنيفة مر على
اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض
فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض **باب الرجوع في الهبة** واذا

واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرجع
الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة
الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته
اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى
رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلوة والسلام العائد في
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود
او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم
دخولها تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة
فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه **قال** او تخرج
الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه **قال** وان وهب لآخر ارضا
بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان
يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا
حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها
قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان
يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه
فلا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم

وقد حصل وكذا إذا وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت
العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال وإذا قال الموهوب
له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود
وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل
الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف
العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع
وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق
تبين أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده
قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف
قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء
نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير
مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من
الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ
مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة
لا في الفسخ فافترقا قال وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع
على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع

الرجوع لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء
فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيها الشفعة لأنه بيع انتهاء
وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة
في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن
عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن
اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه فصل ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع
فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه
لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه
الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء وهو مشغول بملك المالك
قال فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له دارا أو تصدق عليه
بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لأن هذه
الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز
العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد
في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جا

غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك النصف او انت بريء من النصف الباقي
فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين
مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا
انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها
كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته بعده لما روينا ومعناه
ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان
الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة لان
قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى
ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته
وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع
يحتمل القسمة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل وكذا اذا وهب لفقير لان
المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن
نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين
في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق ماكتب
وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

قال الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في

عقد

١٢٠

في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه الصلوة والسلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة
والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن
في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع
وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع
تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة
كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت
وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة
اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين
هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها
مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول
وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار
والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد
فلا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام

٢٥٥ ٢٥٦

الى موضع معلوم لانه اذا بين قدره والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه
وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم
فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد
معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فاذا
استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان
المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين
المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من
يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات
التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ
في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين
وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا
لا تجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة
المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع
اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة
تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للخياط والقصار ان يطالب

بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل
في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم
ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من
التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل
التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان
عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن
مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه
الاجر ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور
ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم
بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف
ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله
اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم
في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعندهما
العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه
معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين

للأجر كالحمال والملاح لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل
الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لأنه
كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة
وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا
أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط حق
الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع **قال** وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل
غيره لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن
يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين

فصل

ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر
بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين وإن استأجره
ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل
لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة
إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تليها
هذه المسألة وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض وإن
استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا
لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لأن المعقود عليه

هناك قطع المسافة على ما مر **باب** ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها **قال** ويجوز
استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف
إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استئجار الأراضي
للزراعة لأنه منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط لأن الإجارة تعقد
للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع
ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه
ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة **قال** ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا
أو شجرا لأنها منفعة تقصد بالأراضي ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها
فارغة لأنه لا نهاية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع
بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين **قال**
إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس
والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه **قال** أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء
لهذا والأرض لهذا لأن الحق له فله أن لا يستوفيه وقال في الجامع الصغير إذا انقضت مدة
الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر **قال** ويجوز استئجار

الدابة للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق
ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس
يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس واطلق فهو على هذا لاطلاق
اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او البسه غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان
يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء
خارج على ما ذكرنا **قال** وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة
فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت
او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استأجرها
ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان
الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها **قال** وان استأجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد
الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد
الثقل لانه عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا
لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان

وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا
لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد
بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونهما وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استأجرها
الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل
هذه المسألة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى
يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود
الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا
فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج
واسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان مماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة
في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله يضمن لانه لم
يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فيكون
مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وان استأجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق

يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان
طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان
بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن
للتفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة
الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا
يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه
لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر
انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين
شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة
والاصح انه يخيره للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امره بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخيره كذا هذا والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد
يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر يجب بالغا ما بلغ
اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها

منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر اجر المثل ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد
فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة
في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة
كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة
صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي
وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب
هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز
وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه
جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست
بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء
الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة
لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدا الثاني
بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام

والحجام اما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة للاجماع المسلمين قال عليه الصلوة والسلام ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه الصلوة والسلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه
استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا **قال** ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا
لينزو على الاناث لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه
ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص
بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار
على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلوة اقرؤا القران ولا تاكلوا به وفي اخر
ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان
اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في
الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على
تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح
وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع
عند ابي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه
من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار
كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا
لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا

ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم
العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا اجر من
شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف
الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع
جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم
فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عليه الصلوة والسلام وقبله واقرهم عليه
ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب
وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى
الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر
عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار
على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار
كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على
الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير
فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام
دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا
ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه
في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما

٢٦٧

يصير مسلما عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن
من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر منعه من غشيانها
في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن
الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل
انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام
وغير ذلك فعلى الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكره محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك
من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها
وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع
الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة
فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه الصلوة
والسلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير
من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج
او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجر حتى
يحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه
فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل
مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر

١٣٦

٢٦٨

الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا
ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون
المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني
ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال
في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله
في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان
الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل
شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع
الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها
مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وذلك في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة
والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول
بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجر ارضا
ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى

والليث باللبس والركوب بالركوب لان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين
ولا يصير دينا بدين ثم لنا ان الجنس بانفراده يحرم النسأ عندنا فتصلح شبهة الربوا كالقوهي بالقوهي نسيئة
والى اشار محمد رحمه الله ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف ضبق المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين وبيع العين
شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له
الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع
لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه
فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق
تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي
يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة
فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر
غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار
الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في
الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان

فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه
وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب

ضمان الاجير قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ
والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه
لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ
مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته
كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره
لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب
لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا
لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله
كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها
مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم
وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل
الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه
بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن

نقصه او بخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه
قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة وسقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان
الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله
العاقلة قال وان استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء
ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه
اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من
هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل
الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه
ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان
عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا
بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن
السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا
كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد
قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي
الغنم وانما سمي اجيرا وحدا لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في

يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد
لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت
مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه باب الاجارة على احد الشرطين واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا
قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان
قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين
بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء
وان خيره بين اربعة اشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط
الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه
معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار
وان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان
خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر
الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا
وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت

وذكر الغد للتعليق حقيقة فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف
النوعين ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت
لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم
فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى
في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم
في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى
ما بعد الغد أولى ولو قال إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وإن سكنته حدادا
فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الإجارة فاسدة
وكذلك إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن سكن فيه حدادا أو قصارا فبدرهمين فهو جائز عنده
وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز
ويحتمل الخلاف وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم
وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما أن
المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة
الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر
بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين عقدين
صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد

الحداد أو القصار يرى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والإجارة تنعقد للانتفاع
وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به

باب إجارة العبد

قال ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت
على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد
والقصار في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره
داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر
والأصل أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا تجوز لانعدام إذن المولى وقيام
الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على
اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه الأجر
ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف
مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في
يده وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم
جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا
بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز
أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه
في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا

قبل أن تنقضي بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لأنهما اختلفا في
أمر محتمل فيرجح بتحكيم الحال إذ هو دليل على قيامه وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة في نفسه وأصل الاختلاف
في جريان الماء وانقطاعه والله أعلم

باب الاختلاف

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب
فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه
أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول قول صاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته
ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكنه يحلف لأنه أنكر شيئا
لو أقر به لزمه قال وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء
أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب
وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه غير
الغاصب وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب
لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف
إن كان الرجل حريفا له أي خليطا له فله الأجر وإلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر
جريا على معتادهما وقال محمد إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح
الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه
منكر والجواب عن استحسانهما أن الظاهر يصلح للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق

باب فسخ الإجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لأن المعقود عليه المنافع وأنها تحدث
شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر إذا استوفى

المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار
للمستأجر لزوال السبب قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الإجارة لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع
قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا رحمهم الله من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع
فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض وعن محمد رحمه الله أن الآجر
لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لا ينفسخ العقد لكنه يفسخ ولو انقطع
ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه قال وإذا
مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به
أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز وإن عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى قال ويصح شرط
الخيار في الإجارة وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له
لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار
ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما
دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لأن ردا كل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا
يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا
وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فلا

البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع
فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو
معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا
ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس
ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري
على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم
قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات
في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض
وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر
لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه
فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه
عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم

باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد
واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر
فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في
الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية
وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا
ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر
غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق
وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد
بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه
بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لانه لا يعرى من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى
وذلك ضرر **مسائل منثورة** **قال** ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق
شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل
هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم
انها لا تستقر في ارضه **قال** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف
فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك
المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد

وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو
الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة
وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى
تحقق الرضا قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد
عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون
ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل
على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل
ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما
اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه الصلوة والسلام
ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلوة والسلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بادائه وان
لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط
شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي
لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف
السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت قدرة

قدرة ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في
عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان
مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من
الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب
والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء
على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق
منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق
فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر
فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص
لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى
ولم يخرج عن ملكه اما الخروج عن يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او
لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم
ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من
جانبه فان اعتقه عتق بعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا
بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت

٢٨١

اخص كجنسها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها
بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية
لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك
لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد **فصل** في الكتابة الفاسدة واذا كاتب
المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر او الخنزير لا يستحقه
المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا و
جنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على
ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة **قال** فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله
لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل
صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق باداء
عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على
ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في
الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتعليق عليه واذا عتق باداء
عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد
قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد
فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان و

١٤٧

٢٨٢

والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد
بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز
لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم
وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة
رواية الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة
موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط
الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو
المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا
بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود
لانه ثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسألة فيه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند
عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين
فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال
له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه يعتق قال او

او لم تقل لان العقد ينعقد مع انتفاء الكون المسمى مالا فيعتق باداء المسمى ولو كاتبه على عين لغيره
المكاتب في رواية وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرناه
في كفاية المنتهى قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط
ويبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى
الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف
فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر
على قبول القيمة وقد مر في النكاح واما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل
اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة
فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا
انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني
على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا
كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك والخمر غير معين فيعجز عن التسليم لبدل فيجب عليه
قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله
البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة تجبر على القبول

القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها
عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك
بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها
عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء
والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج
الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى
قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد
وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن
في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في
شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا
هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر
اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى
لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز
باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك
ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة

والاكتساب ولا يملكه بتو نفسه او مالا الان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يملك
به المهر فيدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي
لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه
كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق
على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى
لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف
اليه والولاء لمن اعتق ولانه لما تعذر انابته للعبد نيب من هو اقرب الناس اليه كما في العبد اذا اشترى
شيئا يثبت الملك للمولى لتعذر انابته للعبد لانه ليس اهل الملك فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل
الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان
العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده
لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات
الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته
المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب
ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال واما المأذون له فلا

فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان هو يقيسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة
وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى
المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا
تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه
ولا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالدين والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا تجب نفقة الاخ
الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق
وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب
كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة
ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع
بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها وان لم
يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله
ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت

ابتداء والفسخ ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه
كحكمه لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
وكذا اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد **قال** ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها
وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية **قال** واذا تزوج المكاتب
باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك
العبد ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد اولادها احرار
بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد
يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق
المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به **قال**
وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في
المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في
الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من
توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما الدين في الفصل الثاني لم يظهر
لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة **قال** واذا اشترى المكاتب
جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من

من باب التجارة فان العقد تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه
كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان
شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية
عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في
ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها
بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على
موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى
الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب
تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها
قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت
السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انها تسلم لها الاولاد والاكساب
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر
فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية **قال** وان كاتب مدبرته
جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات

٢٩٠

المولى ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته او في جميع مال الكتابة بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف يسعى في الاقل منهما وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة
فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار
ففرع تجزي الاعتاق وعنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل
بالكتابة فيخير وعندهما لما عتق كله بعتق بعضه فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا
محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد سلم له الثلث بالتدبير فمن
المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو تم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة
فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها
فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار
كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة
كذا هنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليها لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده
في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت
على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة
او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء
على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه

٢٩١

فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت
لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب
له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي
القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر
ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له
حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من
وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل
وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم
مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة
بان كاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف درهم الى سنة جاز لان له
ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل
فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال
فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف
ثم مات ولم تجز الورثة فعنده يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده
يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان
ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير

ثم عتق الكتابة فيها **باب من كاتب عن العبد** واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى
عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف
درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار
مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك
الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب
في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة
مسألة الكتاب فلو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع **قال** وان كاتب العبد عن نفسه وعن
عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا جميعا ومعنى المسألة ان يقول العبد كاتبني بالف
درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف
في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا
والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى
عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل
البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه **قال** وايهما ادى عتقا
ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه و
صار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه
قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه **قال** وليس
للمولى ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة لل

شاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه
لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه **قال** واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو
جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي **باب كتابة العبد المشترك**
واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما
واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي
وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء
فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم
التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز **قال** واذا
كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه
ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له
لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني
ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية
كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين
وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه

كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت قائمة فحق القبض لها لاختصاصها
بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت
كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة
للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف
بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام
ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد
عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها
مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر
لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي حنيفة نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة
فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من
بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردده بينهما
يجب اقلهما **قال** واذا كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما
فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين

ولا يثبت النسب في الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة
ويغرم لها العقر

انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر **قال** وهي ام ولد
للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام
الملك وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا **قال** وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت
في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي
الاعتاق وقد قررناه في العتاق واما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى
عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما
لما كان لا يتجزى عتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه
ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتق
الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق
وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ولكنه يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة
الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على
نصيبه لانه يتجزى عنده لكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله

٢٩٦

والاعتاق وتوابعه والتدبير فيسقط الملك واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان عتقه احدهما اولا كان الخيار للشريك الآخر
عنده فاذا دبره لم يبق له اختيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب
صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادف التدبير وهو قن وان عتقه احدهما فتدبير الآخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف
قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار
والاعسار عندهما **باب** موت المكاتب وعجزه وموت المولى واذا عجز المكاتب عن نجم
نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة
نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء
فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان
رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد
حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا او في المدتين ما تقدم عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ
قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة

٢٩٧

والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن
ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل
بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا
كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان
في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد
زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر
جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد
الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط
وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد
لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية
منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية اليه بسبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه
كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في
الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد

ودخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء فان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان
تؤدي الكتابة حالا او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما فيؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود
في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة
وهو الفرق من الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم
يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت
الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه
لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان
صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر
قال واذا مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عا
قلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء
بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو
قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها
اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا
وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا
قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى

عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة
ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري
شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب
عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف لان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه
لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي
لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي
في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة
في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة
من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا
من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى
القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع
فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية
فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال
للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا كالعبد المبيع اذا ابق
قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد
لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال

حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل لا والمال الى ورثة المولى على نجومه

لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بقدر العقد ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه

في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب

الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة

فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه

احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت باعتاق البعض

في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة

كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه

والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه الصلوة والسلام تناصرهم بالولاء بنوعيه

فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه

معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق مملوكها لما

روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال

بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق النص ما روينا **قال** فان شرط انه سائبة

فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق

وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب

وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه

وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج

عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام

لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا

لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر

لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث

يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول

وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق

تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا

فان عتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف

الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب

ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة

فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن

نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت

الموت او الطلاق حيث يكون الولاء لموالي الام وان عتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى

ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك فاستند

الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق عتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد
فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لهم ولا مولى
فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى
نفسه لما بينا **قال** ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت
للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن
نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على
ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها
عند ابي حنيفة رحمه الله قال رضي الله عنه وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء
العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان
انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال
رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر
تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي
امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود
بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة
لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا

هناك

ولدها

استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر **قال** وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث
من العمة والخالة لقوله عليه الصلوة والسلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو
خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث النبي عليه السلام ابنة
حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام
وهو المروي عن علي رضي الله عنه وان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
وهذا لان قوله عليه الصلوة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل
الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام **قال** فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو
اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض
ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون
التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات
المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن
بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه الصلوة والسلام وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر
قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف
النسب لان النسبة فيه الى الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق
مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة
به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء
للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها

ابيهما من نسب

لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على ابيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا
واولاد ابن آخر معناه وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر
هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم معناه القرب على
ما قالوا والصلبي اقرب **فصل** في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه
على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات
ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت
المال والملا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح
في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم الآية في الموالاة وسئل رسول
الله عليه الصلوة والسلام عن رجل اسلم على يد رجل ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته
وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين بالترتيب ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء
والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه هو المستحق **قال** ان كان له وارث فهو اولى
منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما
وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة **قال** وللمولى
ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم لانه بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان
يتبرأ عنه ولانه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا
بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة

قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية من ابيه وكذا اذا عقل
عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد **قال** وليس لمعتق العتق
ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى **كتاب الاكراه** **قال** الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء
بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره
تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة
والذي قال ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق
دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه
الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره
وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل **قال** واذا
اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل
او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع
لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه
الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به
بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات
الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع

المغيرة ثم وان باع مكرها وسلم مكرها يثبت الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة
الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من
اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى
لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك
يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي
ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق
العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل
البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من
جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا
بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه **قال** فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة
بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد
اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع **قال**
وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد **قال** وان
هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره
ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما
شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان

وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله
وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب
الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس
او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى
اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما كان مباحا كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فياثم كما في حالة
المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام
او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى او سب النبي عليه الصلوة والسلام بقيد او حبس
او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء
ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما
امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين
و پوشیده میدارد ایمان خود را
ابتلي به وقد قال له النبي عليه الصلوة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا فعد
وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان

٣٠٨

حقيقة لقيام التصديق في الامتناع فوت النفس حقيقة فيستوي الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر
كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال
في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء
وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير
يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل
فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على
المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما
وقال زفر يجب على المكره وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو
الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي
في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود
القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا
الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح
آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما
نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة
حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي
وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان

١٥٦

٣٩

ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير
ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان
كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط
بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق و
العتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع
على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ
ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه
لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين
لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره
على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يجب الحد قال واذا
اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي
اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك
وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه
لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا
الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو
اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء

كلمة الكفر فأخبر عن أمر ماض ولم يكن فعل بانت منه حكماً لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره
عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة
وقضاء لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب
محمد عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخر غير النبي بانت منه قضاء
لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمداً النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي
بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله أعلم

كتاب الحجر الأسباب
الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون ولا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا
بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية
أهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن
المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي
ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق **قال** ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي
بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه
وفي الصبي والمجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفاً على الإجازة
والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفاً
وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بيناه في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء
فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذاً
لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون

الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجود
بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا تصح عقودهما
ولا إقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع إلا طلاق
الصبي والمعتوه والإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان
بمباشرته بخلاف سائر العقود **قال** وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن
كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد
بخلاف القول على ما بيناه **قال** فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق
مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله **قال** فإن
أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وإن أقر بحد أو قصاص
لزمه لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه به وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه الصلاة
والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق ولأنه عارف وجه المصلحة فيه فكان أهلاً وليس فيه إبطال
ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل
البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه
الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه

حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رحمه الله
انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو
اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل
والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما روي عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس
على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع
مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد اذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر وابطل حجره واطلق عنه جاز
لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف
فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم
رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ
الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ
خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز
تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق
التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع
فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا
قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبي ثم لا يتاتى التفريع
على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر

عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم
ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله
لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد
لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار
سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف
يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج
كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر
فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته
الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان
يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر
على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى
حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار
كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له
لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت
بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد
بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل

قال وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه
مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزم بالتسمية ولا نظر له فيه
فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان
التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذلك اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال ويخرج
الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي الارحام لان
احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان
القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا
بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو
فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال وان اراد حجة الاسلام لم يمنع
منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج
ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا اراد عمرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع
من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع
الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى
بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه
عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية

الفاسق

المنتهي ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال
الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان
الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر
القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
اذا وطي فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض
والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم
للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي وعنه في الغلام
تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف
الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل
والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ
وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية
ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا
قال ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبتنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج
لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا فالقول قولهما واحكامهما

احكام الباقين لانه معنى لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا اخبرت به ولم يكذبها الظاهر قبل قولها
فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر
في الدين واذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار
اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن
تراض فيكون باطلا بالنص لكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب
غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه
انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان
يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان
امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب
القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف
الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن
وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع
لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد
ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب
الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد
يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم

العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست
من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال و
ان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال
حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان
حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه
لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في
مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبس الحاكم
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او بدل القرض ثم
في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب
فلا نعيده الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية
وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه الصلوة والسلام
لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا
لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس
لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة

قوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل
هو العسرة وهو الذي في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر ويدورون معه اينما دار ولا يجلسونه في موضع
لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعونه بل يجلسون على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له
موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره
الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه
ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها
قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا
لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق
بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة
وبهذه الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون الاذن الاسقاط لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا
تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة
على المولى ولهذا لا يتوقت الاذن حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا
لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان

لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا ولو لم يكن المولى راضيا به
لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى
هذه المسألة ان يقول اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له
من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا
ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض
موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق
الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع
كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن
ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء
والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه
لانه يقصد به الربح قال عليه الصلوة والسلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها
لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها
تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به
فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون
غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف
في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له

٣٢٠

ودون العبد لانه يملك بحجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك
يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته
وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المولى
فيه وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام
رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا لانسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا
او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا
لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع كلها **قال** واقرار الماذون بالديون
والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة
كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه **قال** وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة
ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن
التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب
والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل
فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا
عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير **قال** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه
او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة **قال** الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من

٣٢١

يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت
ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على
ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك
غير ممنوع عنه في العادة **قال** وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد
وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بينا وله ان
يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار **قال** وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه
المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن
لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى لا
بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا
ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب
لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند
انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع
والشراء والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة

بعد الاستحقاق لاستناده الى السبب فيلحق به **قال** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء
حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه
عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان
ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها الى
الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه
لو انحجر لتضرر به الناس لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء
ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر
ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام
ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه
قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن
شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه **قال** ولو مات المولى او جن
او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف
يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم
بالموت والجنون وكذا باللحوق مرتدا لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته **قال** واذا ابق

العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي
البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه
بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان
الاخذ من يده ثابت فيمكنه **قال** واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر
هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء
لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء
اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم **قال** واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى
فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما
والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد **قال** واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده
من المال عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه
مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر
وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت
حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون
فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها
بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته
فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى
ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع **قال** واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى

المولى ما في يده ولو اعتق من كسب عبده لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق عليه
لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية المأذون لها وهذا آية
كمال الملك كالوارث لانه سبب الملك لم يظهر للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما
ملك المولى فانما يثبت النظر للعبد لان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك
الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه
فالعتق فرعه واذا نفذ عنده يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به **قال** وان لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا لانسد
باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه
وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان
لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عن كسبه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف
ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان
لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين يسير
المحاباة وفاحشها سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم
وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به
لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع
المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا

لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على
اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وقد اذن مباشرته بنفسه غير انه يزيل المحاباة
لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما **قال** وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى
اجنبي عن كسب العبد اذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد
ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له ذلك وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل
قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس ولو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده
دينا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين فجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين **قال** وان امسكه في يده حتى
يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان احق به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى
حق في الدين اذا كان متعلقا بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب
العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء **قال** واذا اعتق المولى المأذون له وعليه دين فعتقه جائز لان ملكه
فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق حقهم به بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل
من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبهما ديون لان
حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا **قال** وان باعه المولى وعليه دين محيط
برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم
حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون
في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق في

المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع عليه بالقيمة ويكون حق الغرماء
في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب
كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان
يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص
معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة
في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال وان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه
اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا
ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل قولهما في مسئلة الشفعة لابي يوسف
انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء
على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن
فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات
كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى
بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع
والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه
باق لبقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق
والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصلك فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه

فوجب تنفيذه

اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية
على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء
ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم
يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر
فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه
نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف
صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد
ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان
او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه
وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد الماذون ولا يملك تزويج عبده ولا الكتابة كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع
والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي **كتاب الغصب**
الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم
محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط
ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده
فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية

او دفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد
السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له
ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة
باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة
لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب
فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين
معناه ما دام قائما لقوله عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه الصلوة والسلام لا يحل
لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها
عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين
والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم
قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما
اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا
فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه

قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد
في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما
ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل
فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك له
قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه
لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها
واقر بذلك ولا بينة ثم نقصت الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا نقص بالزراعة
يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله
قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق
اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان
نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته
بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف
المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف لا تضمن بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه
ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا

٣٤٠

قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما
وعنده لا يتصدق بها وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه
أما الضمان فظاهر وكذلك الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عنده ولهما أنه حصل بسبب خبيث
وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص
فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل
المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري
ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد
غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان
فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها
بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب
أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند
الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين
فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها أما إذا أشار إليها ونقد
من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له قال الكرخي لأن الإشارة
إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأيد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن
وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي
ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس

١٦٧

٣٤١

المغصوب منه عنها وملكها

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك
الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها
أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو
رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا
وعند الشافعي يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته
للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت
ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة
المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل
الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله
سببا للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ
وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة وتتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان
والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة
المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل
الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته
مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل
فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك

لوجود الرضا منه لانه لا يقتضي الا البطلان وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان
عنده يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه
وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وهذا يقدم قال وان غصب فضة او ذهبا
فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب
وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره
وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله
ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى
يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا
لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال
الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين وقد ذكرنا فيما تقدم الا ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة
اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره
فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما
ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع
قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان

الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان
العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته
لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان
لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل
به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا
يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا
والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها
على مالكها فارغة لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة
والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه وان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا
لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار
له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن الفضل
ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض
ومثل السويق وسلمهما للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب
لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في
السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل
بخلاف الساجة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية

اى بالقيمة والاختيار لصاحب الثوب

٣٢٢

من صاحب الصبغ ليضمن الثوب بما صبغ فيملكه صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله في اصل المسئلة وان شاء
رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة
وعند الامتناع تعين رعاية الجانبين في البيع وتتاتى هذه الوجوه اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ذكرنا الوجوه ظهر ما
في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
قال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه
المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا
يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته
ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة
فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب
عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل كله والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء
لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة
قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب
عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار

١٠٦٩

٣٢٥

قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهر
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا **قال**
ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك
الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص الاكتساب
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب
امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه
وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير
بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات
اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى
فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك
قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
وعلى هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة
فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى **قال** وما نقصت الجارية بالولادة فهو
في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال

[illegible]

زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك
الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى
عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق
على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد
الظبية ممنوعة وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا
وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رده للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة
لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم **قال** ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت فماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة
ايضا لان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا
حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية
قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد
الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطاء يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا
هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم
وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن

الغاصب

الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق
في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان
المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها
في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان
لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها
وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة
عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي
لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما
في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان
ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون
والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة
والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات
الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي
لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان
ولاية المحاجة ثابتة **قال** فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير

ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه
إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير بمنزلة
غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب
فكان بمنزلة ما إذا خلط الخل بخل نفسه ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير
مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع وإن
استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو
هلك في يده لا يضمنه بالإجماع أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله لأن
الخل من ذوات الأمثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ويضمنه مدبوغا
فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك
ما زاد الصبغ فيه لأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك وقوله
يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويأخذ منه الباقي
لعدم الفائدة في الأخذ ثم في الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا
متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في
حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما بخلاف
الذكي والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما
فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف

بالإجماع

صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل التفاوت في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الاختلاف على ما نبين ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ
فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه
بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي
حدث على يد الغاصب فلا يضمنه وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تنفرد عنه وإذا صار الأصل
مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه
وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعنى هذا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن
أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على التفصيل الذي في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
كما في دبغ الجلد ولو خللها بإلقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه
لأنه استهلاك وهو غير متقوم وإن لم يصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر
كيليهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصل محمد ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين
ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن
في الوجه الأول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب
على الإطلاق أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
وقد كثرت فيه أقوال المشايخ رحمهم الله وقد أثبتناها في كفاية المنتهي ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا
أو دفا أو أهراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن ولا
يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في

الوس لبعض ما لا اتلاف من غير خلاف وقيل الاختلاف في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا
اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان
في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف
وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من
وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب
سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم
وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك
المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل
لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا لانه مقر على
ذلك **قال** ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة
والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله اعلم **كتاب الشفعة** الشفعة مشتقة من الشفع وهو
الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في
حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له
وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه
قال شفعته ويروى احق بشفعته قال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم

يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس
لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة
القسمة تلزمه في الاصل دون هذا ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار
فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعنى بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة
انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل
اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب
فلقوله عليه الصلوة والسلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط
في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده
الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح
علة صلح مرجحا **قال** وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
انه مقدم **قال** فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب
والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله
ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به وجه الظاهر
ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين
الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار
معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن
ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى

يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري
فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهرا
يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة
غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في
العليا فلاهل السكتين ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال**
ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار
وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط
الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك
وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه
الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق
الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة
والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من
ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهو للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم
لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل
واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه

١٧٢

لا انه هو المثبت لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك
الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان
المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض
فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات
طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان
الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر
هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة
قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الفصل الاول وتبطل شفعته في الثاني ولا يستحقها في الثالث
لانعدام الملك ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب
على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى
هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثاني
اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعدما بلغه البيع
الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من
جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه لا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا
قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد

بقوله في الكتاب في مجلس ذلك على ما يتبين طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بشرط لازم وانما هو لنفي التجاحد والقصد
بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة حتى لو قال طلبت الشفعة
او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره
رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره
واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه
محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور
قال العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني
من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند
العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا
يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون
خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده
لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا
بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس

القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد
انه لو لم تسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه
بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر
يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الضرر في السفر والحضر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل
شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى
القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة
لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله
عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف
وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال
فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى
عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في
الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع
قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري
بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب
وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على

على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة وان لم يحضر الشفيع الثمن
الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى
يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه ان يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا
قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه
الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي
قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع
القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك
للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث
لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى
وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ
في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه
لان الشفعة بناء عليه لكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف
ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري
وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره
فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** الا ان يسلمها الى الموكل
لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه

كتسليم البائع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره
في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت
في يده لانه عاقد وكذلك اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع
بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة
منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند
نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه
الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة
بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة
البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ
بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا توالي بينهما الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ
لا يظهر في حق الشفيع وهو التخيير وبخلاف الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانه ممنوع على
ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد
التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بانفساخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها
الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت

الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته
فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر
فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع
لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت
الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن
ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط
حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج
من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل فيما ياخذ به الشفيع** قال واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر
في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذلك اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه
بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان
زاد المشتري للبائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم
يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع
بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا

لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي
المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو
من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر
حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في
القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا
ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا
في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه
فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا
هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع
على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه
بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت
عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال وان اشترى
ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم
المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها
مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي

شفيعهما مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا
للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل
كما لو اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** واذا بنى
المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء
كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء
والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف
انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له
والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ
بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد
للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى
من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء
الفاسد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى
بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه
في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف
انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور

من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه
قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان
شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء
من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض
حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع
لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع
ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع
بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه
لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار
الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها
وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف
في ولد المبيعة **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب وان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال
رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني
ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء
من الثمن

فصل فيما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله

لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلوة
والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق **قال** ولا شفعة
في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رحمه الله في
ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم
حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق
الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار
بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة
او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها
دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال
لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها
الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف
الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يتصل به لانه لا شفعة
عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة

وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها
بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها
بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا
ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلات
المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا ياخذ رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه
تابعا فيه **قال** او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا
ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار
في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء
ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي
وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة
في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه **قال** ولا شفعة في هبة لما
ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا العوض شائعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة
مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال
الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط
الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه

لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجبت البيع
لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى
جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان
للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا
اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لانه خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته
ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية
قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال
الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان
الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ
وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان
سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع
بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذ بالشفعة
على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم
بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة
للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه

وعدمه وان رد بالعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا
الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد
القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة
لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق
لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين
علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي
عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم
قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد
حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في
المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط
الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال
وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته
وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء
القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت
يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء

شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وإن مات المشتري لم تبطل لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين
المشتري وصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها ببيع فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا
ينقض تصرفه في حياته **قال** وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم صريحا أو أبرأ عن الدين وهو لا
يعلم وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل
البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة
له ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري
لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا إذا
باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بإمضائه بخلاف
جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري **قال** وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل
أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس
الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني إذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما إذا علم
أنها بيعت بعرض قيمته ألف درهم أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وإن بان أنها بيعت بدنانير
قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا إذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد في
حق الثمنية **قال** وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم أن المشتري
هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء
الجميع فله الشفعة لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

فصل وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا
إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا **قال** وإن ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول
دون الثاني لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن
إلا درهما مثلا والباقي بالباقي وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد
آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته
ويعطى بها ثوبا بقدر قيمته إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به
والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا تكره الحيلة
في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه
ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة **مسائل متفرقة** وإذا اشترى
خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها والفرق أن
في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام
أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب
أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشترين بخلاف ما بعد
القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن
وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي
صار للمشتري أو يدع لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض
القبض إلا أن له نقضه لنوع نفع يعود إليه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين

نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم
فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إطلاق
الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف
لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع
بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر **قال** ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة
وكذا إذا كان هو العبد البائع فلمولاه الشفعة لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لأنه
لا يفيد لأنه يتصرف للغرماء بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له **قال** وتسليم الأب
والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته إذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده
ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا
للصبي صح رده من الأب والوصي ولأنه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية
نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت بأكثر من
قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ
فلا يملك التسليم كالأجنبي وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منهما ولا رواية
عن أبي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم باشرها
في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما

بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا
والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسما يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسما لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة إلا أنها
إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع
بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم **قال** وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت
المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن
منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم **قال** فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين
لأن النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس
وأبعد عن التهمة **قال** ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم
ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه
لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى
أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر
كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر **قال** أجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك

المملوك المشترك وقال ابو حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى
القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب
وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل
والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع
قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي
عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث
قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة
الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة
قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها
ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة
وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث
او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة
الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده
وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال

قال رضي الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة
انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول
ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك
تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض
نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصي يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب
والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا
مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب
فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على
بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق ولو كان العقار في يد الوارث الغائب
او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب
والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم
لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث
واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا
مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي
عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة

واما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الحقين الكبير عند طلب الموصى له من نفسه كما الوصي عن الصغير كانه
حضر بنفسه بعد البلوغ ليقوم مقامه **فصل** فيما يقسم وفيما لا يقسم **قال** واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع
بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع
احدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير القسمة قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان
الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد
الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج
فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما
لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي
فيعتمد الظاهر **قال** ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل
تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب
وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبقرة وفرسا
ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب
اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز **قال**
ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان
التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند

اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب
على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع
عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان
يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا
مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا **قال** واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة
المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد
ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان
والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل
بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت
بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه في تقييد الوضع في الكتاب
اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد
انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد **قال** وان كانت دار
وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدته لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا

ذكره المصنف ره وقال في اجارة الاصل ان اجارة منافع الدار بالبيت لا تجوز وبه ايضا يدل على انه جنس آخر
فيجعل في المسئلة روايتان ويبتنى حرمة الربوا ايضا كذلك على شبهة المجانسة **فصل** في كيفية القسمة **قال** وينبغي للقاسم
ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى
اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه
مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او
لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل واحد منهم
نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم
لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى
عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل
في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزوج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء
ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة
في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل **قال** فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط

في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى
القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود
منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه
الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه
بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق
والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان
القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على
ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع
وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم
ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق
ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق
على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم اثلاثا
جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له
وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف
يقسم بالذراع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذراع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية

في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو
علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل
مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربي على منفعة العلو بضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا
يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما
يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف
باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما ولا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر
الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع
من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع وستون وثلثان لان ضعف العلو فيجعل بمقابلته وتفسير قول ابي يوسف
ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو **قال** واذا اختلف
المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما
سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه
انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه قال الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما باجر لا

فثاوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع

تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى
معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على
الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا
كان منكرا **باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها** **قال** واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه
شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق
الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما
لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه
اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر
وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا
في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا
في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه
خارج وبينة ذي اليد قبل الاشهاد على القسمة تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في
الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لانه خارج فيه وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم
لواحد تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع

بحصته وذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه
ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ
القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان
مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهما الله وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث
لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما لو استحق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى
وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم
باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم
مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع
المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو بقيت
القسمة لتضرر الثالث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم
رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم
نصفه ثم استحق النصف الباقي شايعا رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره لبيع البعض وعند ابي يوسف
رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب
فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة
فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع
وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين

بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة
من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا
في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا
باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا **فصل** في المهاياة
المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي
كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ
جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ
في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على
هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع
على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة
قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل
فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ
في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي

وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه
الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان
الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه
جاز استحسانا للمسامحة في طعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين
على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار
واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر
لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احديهما ببعض الآخر جائز
وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر
التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق
واخرق والتهايؤ على الركوب في دابة واحدة على هذا الاختلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر
الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت
الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان
التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع
فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا

ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان
في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ
في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز
في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ
كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها
لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري
كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة
مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هي جائزة لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه
عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي
الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه الصلوة

نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان
الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه الصلوة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة
بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه
في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل
الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على
قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة
لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث
بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع
بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس
بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض
بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه
ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال رضي الله
عنه وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة
لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر
لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت
الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط

ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا
الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البقر والبذر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده
وصار كجانب العامل ووجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل
بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف
جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون
البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والآخر
ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين
لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر
قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما
تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها
لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب
البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج
الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط
صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع
العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه
اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى
هذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا

التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج
الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف
فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر
صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام فان لم تخرج الارض
شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج
لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من
قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل
لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد
فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي
ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له
مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه
لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل
لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض

بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه
لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من
قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان
عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في
ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع مات رب الارض ترك الارض
في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في
السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات
رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع
ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب
الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع
انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم
تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه
القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت
مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على
الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه

وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما إذا مات
رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد
يستدعي العمل على العامل أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه
فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له عليه ولو أراد رب الأرض أن
يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب
الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته
لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظرا له وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض
مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن
نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا لأنا
أبقينا العقد نظرا لهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا
وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت
وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته
عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ
وقال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما

على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو
على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق
لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على
رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جد التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك كله
عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك والله أعلم بالصواب

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا
والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة
إلا تبعا للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل
وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا
وجوزنا المزارعة تبعا كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها
إجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لإدراكها
وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار
لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا
والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز
إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن
يقوم عليها أو يسقيها حتى ينقطع نباتها أو يذهب أصولها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية
معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة إذ شرط

جزء معين يقطع الشركة فكان شرطها في المعاملة ولو شرطا مدة يعلم انه لا تخرج الثمرة فيها فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت
لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر
فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف
ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه
قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد
لا تجوز الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم
فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر
لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة
الى صاحب البذر على ما قدمناه **قال** فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وان كانت
قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل
انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع
بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة
الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها
فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر
وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو

التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين
ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا
نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من
الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها
وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار
الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار
في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول
سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف
المزارعة في هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة
في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يجب عليه العمل وههنا لا اجر
فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه
العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض
ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه
ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما
ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا
على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة
لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار

ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البناء فيفسد لتعذر رد الرواسي للتصالها بالارض فيجب اجر مثله
لانه لابد من فصل في قسمة الغراس ليقطعها بغصنها وفي الجبال طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى هذا اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه الصلوة والسلام ذكوة
الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن
والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول
اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان
التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق
الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام
في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا
ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في
الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة
فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم

الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان
تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية
سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب
ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف
والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا
للاجماع له قوله عليه الصلوة والسلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل
لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب
وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه عليه الصلوة والسلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره
علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى
لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول
على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي
وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند
فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا
في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره

بعد الذبح

ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها
ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله
لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثاني ان يذكر
موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد
رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالث ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يدعو قبل التسمية
وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية
حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن
عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه الصلوة
والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم
الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمريء والودجان لقوله عليه الصلوة والسلام افر الاوداج
بما شئت وهي اسم جمع واقل الجمع الثلث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء
الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز
الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب

مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج
لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل
ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع
الى ما ذكرناه وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها اصل
بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع
الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المريء فانه مجرى
العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من
الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج
الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر
والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله
عليه الصلوة والسلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع
فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلوة والسلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج
بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه
استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير

علي انها ميتة لانه وجد فيه نقضا وما لم يجد فيه نقضا لحط في ذلك فيقول في الجمل لا يابس وفي الحرة يقول
يكره اوام لو كل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى كتب الاحسان على
كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها
ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت
ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتوكل
ذبيحته وفي بعض النسخ مكان بلغ قطع والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي
عليه الصلوة والسلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر
مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس
زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره
ان يجرها برجلها الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره
النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل
ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فان بقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره
لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود الموت
بما ليس بذكاة فيها قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة
الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما
تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان
ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب في

وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت
في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان
عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه
حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر
والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر
وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه
لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو
قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه الصلوة والسلام
ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس
بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح
في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك
يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكوة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حق هذا الحكم
بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروج الدم ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز
كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل اكله وما لا يحل ولا
يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من
الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم

لا كل ماله ذو مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب قاتل جارح عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم
كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي
في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما
ياكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل
الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف
انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها اما الضبع
فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على
الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم
بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى
خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه
ان النبي عليه الصلاة والسلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول مالك رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته
تقليل آلة الجهاد وحديث جابر رضي الله عنه معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة
تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح اما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ولا بأس باكل الارنب

لان النبي عليه الصلاة والسلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة
الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي
فلحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانها لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي
طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول
في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده
وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف
في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل
ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع
السرطان والضفدع والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما يروى
محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي لا بأس به لاطلاق ما روينا
ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عنه
الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه

البحر لا يكون موته مضافا الى البحر لما مات حتف انفه من غير آفة ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك
والجراد بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاقطع رأسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم
بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل
من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه
بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات
بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية
المنتهي عند ان حسف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة
وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالبرد والحر روايتان **كتاب الاضحية** قال
الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكرها في الجوامع وهو قول الشافعي
وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ
الاختلاف وجه السنة قوله عليه الصلوة والسلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا
والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان
في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه الصلوة والسلام من وجد سعة ولم يضح
فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى
وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى
الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه

بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهو شاة تقام في رجب
على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها
قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر وقد مر في الزكوة
وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في
الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر
لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب
ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير
مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي
رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا
يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا
يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع
بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس
ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن
جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة
فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن
دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من

السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد
وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه الصلوة والسلام
على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده
ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز
ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا
جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها
عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزأهم استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة
فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لانه
بالنية للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن
صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا وليس على الفقير والمسافر
اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس
على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل
الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه الصلوة
والسلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة
وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق

القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام
ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز
الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا
لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر
في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما
طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة
شرعا حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال رضي الله عنه وهي جائزة
في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه الصلوة والسلام ايام التشريق
كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها
وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل
وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها
الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير
واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة
والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها
فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان
فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب
على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد

قوامها طهرا او السوم بعد التحرز عنه قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء
لقوله عليه الصلوة والسلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين
مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوع الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه الصلوة والسلام
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال
ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء
وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان
كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه الصلوة والسلام
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة
على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة رحمه الله فقال
قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا
روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رحمه الله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا حتى اذا رأته من موضع اعلم
على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى
تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي
لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا المكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي

النبي عليه الصلوة والسلام ضحى بكبشين املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان
كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها
خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرناه اذا كانت
هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه
هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت
ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر
مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على
الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا
عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما
وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف
لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها
من النبي عليه الصلوة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضأن
فان الجذع منه يجزي لقوله عليه الصلوة والسلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن
وقال عليه الصلوة والسلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات
يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني رحمه الله انه ابن سبعة

اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه
من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة
يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقال الورثة اذبحوها عنه وعنكم
اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن
من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة
وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه الصلوة والسلام
ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم
ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي
ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق
عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو
ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة
لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال وياكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه الصلوة والسلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها
وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات
ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير
محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري

به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم
بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى
بدله وقوله عليه الصلوة والسلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار من الاضحية لقوله عليه الصلوة والسلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط
اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان
يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها
فينتفع به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره
واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلوة والسلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر
لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان
افسادا واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا
ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر
وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا
ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها
بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها
تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان
قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه

وكونه معلوما بغير تعيينه وعلماؤنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته
او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير اذن المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم
في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها
الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على
رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن
دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها
ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة
فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا
فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل
عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان
الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما اذا اودع
شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم **كتاب الكراهية قال رضي الله عنه**
تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق
عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل
والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل
وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها
واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال

للرجال والنساء لقوله عليه الصلوة والسلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي
ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت
هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة
والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا باس باستعمال انية
الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر
وقلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة **قال** ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله
والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه
يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف
يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الاختلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذلك
الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء
فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره
كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص **قال** ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى
لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح
لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك

لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة
قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على
ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم
يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها
لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول
الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس
الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب
وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر
لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة
ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء
حتى يعتبر فيهما اكبر الراي **قال** ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق
راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا
اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق
يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط
بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري

وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيها زوال الملك
وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء
فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة
قال عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره
كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا
لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح
باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على
المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة
على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم
يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى
عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة
من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى
ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو
مقدار ثلثة اصابع او اربع اصابع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن
لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه الصلوة والسلام انه كان يلبس جبة مكفوفة
بالحرير **قال** ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحمه الله

وجده ولم يذكر قول أبي يوسف وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ رحمهم الله تعالى وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الأبواب لهما العمومات الواردة ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال
عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه عليه الصلوة والسلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على
بساط عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه نموذجا على ما عرف **قال** ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى
الشعبي أن النبي عليه الصلوة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه
أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح إلا لضرورة وما رواه محمول على
المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب
ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في
غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه **قال** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنه في
معناه إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب
إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار **قال** وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة وهذا نص على
أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه الصلوة والسلام على رجل خاتم صفر فقال
ما لي أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار ومن

ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق الجواب في
الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه الصلوة
والسلام نهى عن التختم بالذهب إذ قد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبر ولأن قوام الخاتم
بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان
لأنه تزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم فأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم
الحاجة إليه **قال** ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب
فلا يعد لابسا له **قال** ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد
لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ
أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه الصلوة والسلام بأن يتخذ أنفا من ذهب ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهو الأدنى فبقي الذهب على
التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن **قال** ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحرير لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربه
حرم سقيه ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
أو يمتخط بها وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره هو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر فصار كالتربع
في الجلوس ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك
من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي
أن النبي عليه الصلوة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو

التذكر عند البيع **فصل** في الوطء والنظر واللمس ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها
وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها
الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولأن
في إبداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك وهذا
تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة فإن كان لا يأمن
الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن
شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم
وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك ولا
يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع
على كفه جمرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة فقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي
كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن زبير رضي الله عنهما استأجر عجوزا لتمرضه
وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فإن كان
لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح
مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد

إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق
الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح والأصح
أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن
ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام فيه أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما ولأن
مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة وينبغي
أن يعلم امرأة مداواتها لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى
موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة
والختان وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجال لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا
للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض **قال** وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا
ما بين سرته إلى ركبته لقوله عليه الصلاة والسلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته ويروى ما دون
سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي والركبة
عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة
خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه على العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد
روى أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الركبة من العورة وأبدى الحسين بن علي رضي الله عنهما
سرته فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه وقال النبي عليه الصلاة والسلام لجرهد وار فخذك أما علمت

ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح
وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف
منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه
وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس
فيما ليس بعورة قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه
منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل
الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها
انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها
وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى
الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه
حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في
جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام
الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت في الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله
ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة
الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل الى امته التي تحل له وزوجته الى فرجها

وهذا اطلاق في النظر الى بدنها من شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام غض
بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان
لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان
تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون
ابلغ في تحصيل معنى اللذة وينظر الرجل الى ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم
مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان
واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا
الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز مناكحته
بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة
بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في
المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة
الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه الصلوة والسلام العينان تزنيان وزناهما
النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب قال ولا بأس بالخلوة
والمسافرة بهن لقوله عليه الصلوة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم

لا تجوز

محرم منها وقوله عليه الصلوة والسلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد
اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها
دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها
الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها فان لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه
لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب
كحال المرأة داخل البيت في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها
بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن
مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن
وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة
عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم
الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة
قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير
ولم يفصل قال مشائخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه
ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض
في ازار واحد ومعنى حاضت بلغت لان ظهرها وبطنها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهي

لتشغلها فلا يجوز

المراد بالازار ما يستر بين السرة والركبة ١٢ ع

ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء والخصي في النظر الى الاجنبية
كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب
لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم
كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا
ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحارم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا
زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص
الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن
امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن العزل عن الحرة
الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا
تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت
تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا
يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فافاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا
لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقيقة الشغل وتوهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع

لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن
فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا
وكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد فتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له
وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها
فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزي بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها
بعد الشراء وغيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزي بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي
وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا
ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزي
بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة
لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة والمؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك
واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب
الاستبراء وحرمة الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل
ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق
في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر

الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة
الحربي بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة
على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران
وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهي رواية عن ابي حنيفة ولا بأس بالاحتيال
لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم
ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها
قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق
به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد
بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت
معتدة الغير ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان
يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة
اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر
نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام
كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة
منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها

وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئًا لإطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين ولا
يعارض بقوله أو ما ملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص
ولأن الدواعي إلى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا قبلهما فكأنه وطئهما ولو وطئهما
فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى
فرجيهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجها
لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك
الكل لأن الوطي يحرم به وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت
حرمة الوطي بذلك كله وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لأنها لا تخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح
أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه لأنه
يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في حق التحريم ولو وطي إحداهما حل له وطي الموطوءة دون الأخرى لأنه
يصير جامعا بوطي الأخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الأختين ويكره أن
يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما
ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما
قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة لا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح
قال ولا بأس بالمصافحة لأنه هو المتوارث وقال عليه الصلوة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه فصل في البيع ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين

أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي
لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو
المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة
قال ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها
ويطأها لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما
مر من قبل وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا إذا كان ثقة وكذا إذا
كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وإن كان أكبر رأيه
أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان
ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن
ثقة يعتبر أكبر الرأي لأن إخباره حجة في حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول لم يشترها
حتى يعرف انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان
ذو اليد فاسقا لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل لم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند
وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى
أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى
يسأل لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيه لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وإن لم
يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل قال ولو أن امرأة أخبرها
ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا

رته كتابه ام لا لان الاخبار اكبر رأيه انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان يتقدم ويتزوج لان القاطع
طارئ والمنازع معدوم وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت
المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس
بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرت
مخبرة ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قولها حتى يشهد بذلك
رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها
واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده
فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل
قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى
هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد
آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع
المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس
به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري
فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه **قال**
ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان
لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة
وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة

٢٠٢

صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على
التفصيل لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على
التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير
والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة
او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة
وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر
واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله عليه الصلوة
والسلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة
وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل
ان التجارة في الطعام غير محمودة **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول
فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور
قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله
يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه
لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه الصلوة والسلام لا تسعروا فان الله
هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه

الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل
عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة
اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق الناس الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من
اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة
لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح
لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على ما عرف في بيع مال
المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك **قال** ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف
انه من اهل الفتنة فلا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه
خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه **قال** ومن اجر بيتا
ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه
لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية
فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس وبيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف
السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة واما في سوادنا فاعلام الاسلام
فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة

رحمه الله وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر
عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا
والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع اراضيها وهذا عند
ابي حنيفة وقالا لا بأس ببيع اراضيها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي
بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الا ان مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها
حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها
فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه الصلاة والسلام
من اجر ارض مكة فكأنما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له
ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض
جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء
على الآخذ **مسائل متفرقة قال** ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون
حسنا **قال** ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل
ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى
انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل

حرمة عندنا والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجس عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث
المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية ويكره استخدام
الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة ولا بأس بخصاء البهائم
وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام ركب البغلة
فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع
بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره
ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز
ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله
تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي
عليه الصلوة والسلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره
ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق ويكره
اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان
لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه الصلوة والسلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن
قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي
عن الشافعي رحمه الله لنا قوله عليه الصلوة والسلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه

ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه الصلوة والسلام ما الهاك عن
ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك
باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه الصلوة والسلام قبل هدية سلمان حين كان
عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان
في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة
واهداء الدراهم والدنانير فبقي على اصل القياس ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة
والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو
ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر
ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله
وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى
الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله
نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر فصار بمنزلة الانفاق ويجوز للملتقط ان يؤجره ويجوز
للام ان تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط
والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو

نظيره العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق
الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار
ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة
لماله ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا
فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام
ولا باس برزق القاضي لانه عليه الصلوة والسلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا
رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية
فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا
فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن
اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة
للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته
رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج كان يوخذ في اول السنة
وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو
الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المراة اذا ماتت
في السنة والاصح انه يجب الرد ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك
مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف
له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي
لا يكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها
والبعد من القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها
عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره
الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه
وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عليه الصلوة والسلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه
مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه الصلوة والسلام ليس للمرء الا ما طابت
نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب شرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل
والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان
الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على

التعاقب فمعنى محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها للتطرق وقد قطعه الرابع ابطال حقه
الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام
ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر او الخراج فاذا
لم تحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام
سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه
الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك فاذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة
فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره
ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها
من الشوك او جعل فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس
من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء
ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك
مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها
بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي

الناس منها لما ذكرنا ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام
عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا
لقوله عليه الصلوة والسلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون
من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة فيتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت
للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعنده اربعون ذراعا لهما قوله عليه الصلوة والسلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه
يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة
فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق
عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح
باليد فاستوت الحاجة فيه الى زيادة [illegible] لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع
يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير
بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه
من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد
كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت
حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه
فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان ياخذ الثاني فيه قيل ياخذه

قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان

لان ازالة الجناية جزء به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه لو قدر رفعها وقيل التفصيل
لم يكن غصبا كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق آخر
وما عطب في الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظ وكذا اذا كان بغير اذنه
عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه
وما عطب في الثاني ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء
حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة
دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله
انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر
في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو كعين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره
ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع ورد به
الحديث وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه
نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء
يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل
بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع
به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة المشي في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان
بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر ولان الحريم ما باه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر وجه

الحاجة الى الحريم فيه فوقها الحاجة الى الحريم في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر
الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه
اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبدون الاستحقاق لا تعتبر اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره
ان شاء الله تعالى وان كانت مسألة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساك الماء به ولابي حنيفة ان
صاحب الارض نفعه ولانه اشبه بالارض صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة
والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق
على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك
ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به الماء فلصاحب الارض دافع
به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من
نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزق المسناة وليست
المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لصاحب النهر حريما يلقي عليه طينه وغير ذلك
وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه
فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر
واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده
وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف
ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس والله اعلم

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع
من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس
فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام
كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا
ميتة وكرى منها نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد له ذلك لانه مباح في الاصل اذ قهر
الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالناس فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء
الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه
للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام الناس
شركاء في ثلث الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول وبقي الثاني وهو الشفة
ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في
ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره
فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان
يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة
الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما رويناه حتى لو سرقه انسان في موضع
يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كانت البئر او العين او النهر او الحوض في ملك

رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء اخر بقرب من هذا الماء
في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى يأخذ بنفسه بشرط
ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها
في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة
في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه
بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح
لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا
لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا
وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة فينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت
فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه
كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك
في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر
هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع
شركة الشرب بواحدة لان في ابقائها قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه
فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه فيجري
فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه

فصل في كري الانهار

قال الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد

انما رفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وعند فوهته نهره وهو مروي
عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري
ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك
ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل

في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه **قال** وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك
بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح الدعوى فيه واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجرائه
مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا
النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا
مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط
واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه
يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في
نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا
بهم وليس لاحد منهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحا الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع
مشترك بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في

مدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في المقاسم الا انه عام ونهر مملوك
دخل ماؤه في قسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعته لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج
والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال
شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه
لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم
واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن
ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر عن العامة وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض
فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد
الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث فهو الخاص من كل
وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف
ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض
رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب
والاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود
من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه نفع غيره وليس على صاحب المسيل
عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما

ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بينّا من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي
كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين
قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق
منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يملك
ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع
فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد
ان يؤخر فاها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف
ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان القسمة للماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى
فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم
كوى مسماة في نهر خاص ليس له ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت
في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من
الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه
وكذا اذا اراد الرجل ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة
على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان
يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذه الطريق ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس

له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان
يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لوارثه من بعده لانه اعارة
الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة
والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز هذه العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى
لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب
المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبض من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه
لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع
الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف
التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما
فيصرف الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها
فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي
عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع
الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها
في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم
وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلوة والسلام كل مسكر خمر وقوله عليه الصلوة والسلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا

انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي
في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان
النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه
يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم
وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم
يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف
الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا
موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله
وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي
صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا
يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر
المسكرات والشافعي يعديه اليها وهو بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه
يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز
بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن

كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو
غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر
والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام
ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه
السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان
حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود
والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه
على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره
من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا
انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء
من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا
حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية
محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون
رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا
المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية

وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في رواية
اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم
وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها
بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين
وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان
لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده
وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف
يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول
مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض
ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن
عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد المذكور فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه
على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال
في المختصر ونبيذ التمر ونبيذ الزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على
ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي حرام والكلام
فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني
ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك

على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء والذي روي انه
عليه الصلوة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلوة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا
الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان
الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد
فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح
انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا
طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي
انه حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره
ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه الصلوة والسلام كل مسكر خمر وقوله عليه الصلوة والسلام
ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه الصلوة والسلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد
العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه الصلوة والسلام حرمت الخمر لعينها ويروى بقليلها وكثيرها
والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام
عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء

يبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي
يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا
بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما
فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ
بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب
لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر ولو طبخ نقيع
التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله
لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جانب الحرمة
ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه
لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير
لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا
المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء
عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله
يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج
الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته واذا تخللت الخمر حلت سواء صار خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان

بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر
بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت
صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالتخليل بنقله بالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز
مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي
نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا
الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر
والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان
يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت
الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل
اليه لا عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من
الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة
ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان
بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل
لتنجسها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته النار ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في

طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث
الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق

ويبقى الثلث فيحل لان الذي يبقى بعد ذهاب الماء هو العصير او ما يجاوره وايّا ما كان جعل كان العصير
فيكون ثلثيه ثلثه واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع
ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب
هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها
ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء
فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه وبيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي
الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا
والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان
يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان
فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ
قبل ان ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو حلال وبيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق
ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين
ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك
اثنان وتسعان فهو الحلال الذي بقي منه رطلان وتسعا رطل وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق
اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه الصلوة والسلام لعدي بن حاتم الطائي

رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك
على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى
اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه
من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح
والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب
من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما
علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه ودل عليه ما
روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله
انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته
والحق بعضهم الحدأة لخساستها والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا
من النص المنطق باشتراط التعليم والحديث وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له
فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع
ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن
الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت
الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل
والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانه فيما دونه مزيد

الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل ذلك على انه صار عادة له وهذا لان ما دون الثلث
مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو
الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على
ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف
اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده
يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان
الثالث صيد جارح جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى لانه آية تعليمه عنده فكان هذا
جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة **قال** واذا
ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال
وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا
على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة
الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال
وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة
في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا
يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا **قال** فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان
اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي

الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا
ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما
على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة
فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في
بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان
فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير
المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية
جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل
الاجتهاد قبل حصول المقصود بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه
وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا
فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك
الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت جهة الصيدية فيه
ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب
جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة
فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه

او ابي يوسف بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس الكلب
قد يكون ليأكله قد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل
على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان
يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع
في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى المتيمم الماء ولم
يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من
الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما
الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم
فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي
لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق
بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يده حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة
في الماء بعدما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا
فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرنا اذا ترك
التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب

بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف
اذا كان بحال لا يعيش فوق ما يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه
امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها
بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما
لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال
اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء
به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فيسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة
الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط
التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة
بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى فذبحهما مرة واحدة تحلان بتسمية
واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع
الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا
جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم
عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه
للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه فقتله

وهذا اذا لم يكن به ... طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين ... في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا
فقتله ولا يدرى ارسله انسان اولا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه وان
خنق الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرنا وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر
وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا منه فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول
ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع
المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره
اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان
فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده
الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني
اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره
فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو
فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم
فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل
من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر
فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من

من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه
ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح
بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر
اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على
الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني
بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

قال رضي الله عنه ومن سمع حس ظنه حس صيد
فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء
منه بخلاف السباع لانه تؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة وجه
الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول
ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه
رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير
الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر
الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا
ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب
صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة
فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل

عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده
وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه قال وان ادركه
حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهه والخلاف فيهما في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما
روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته
ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا
اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان
التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن التحرز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه
قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل
لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو
ويؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام لعدي وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك
لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره
سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا
وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى
عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع

على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع
على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله وعمل الامكان الاحتراز
عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او وقع على ما هو في معنى الجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة
فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم
يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في
الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير
مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه
المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه اكل لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب
بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة
فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك
ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه
حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتل بجرحه ولو
رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه
لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعلها ماتت قبل قطع الاوداج ولو
رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا
فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى

الى الحكر بنفسه كان الصيد حلالا واذا كان منفذا الى القتل بنفسه كان حراما وان وقع السهم
ولا يدرى امات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه
حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو
فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين
سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم
يشترط الادماء لقوله عليه الصلوة والسلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار
وعند بعضهم ان كانت كبيرة يحل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء وفى ذبح
شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف
الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع عضوا
منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة الاضطرار
فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكوة
ولنا قوله عليه الصلوة ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما
والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم
سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله
ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح فى الباقي وعند زواله لا يظهر فى المبان
لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما
لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى فى المبان منه حيوة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه

فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من سطح او جبل لم يحرم
فيتخرج عليه المسائل فنقول وبالله التوفيق اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة فى الباقي ولو قده
بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف الراس او اكثر منه يحل المبان والمبان منه
لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول
السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان
راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع
الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان
كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر الجراحات وان كان لا يتوهم بان
بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني
لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه فى الذبائح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف اليهودي والنصراني
لانهما من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز
الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذه
وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة
للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول هذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منها
الصيد لانه يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا
يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي

الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوة
اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او ما دونه فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمي الثاني
لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به عنده وكان وجوده وعدمه بمنزلة وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر
من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من قبل فقد اختلف الجواب فيه وفي الجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم الصيد
منه سواء **قال** والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا
مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال العبد الضعيف عفي عنه
تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال
لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة
فلا يضمنه كاملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في
الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت
حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان
الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى
صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا
يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب
في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ولا يصير اذا رمى صيدا على قتله حيث فالحكم رماه ثانيا
فانزله الاكل لان الثاني محرم كذا هذا **قال** ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق

لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت
فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن الرهن لغة حبس الشي باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشي محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه الصلوة والسلام
اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة
لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة **قال** الرهن ينعقد بالايجاب والقبول
ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر
ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما
في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن
ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء
لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح **قال** واذا قبضه المرتهن محوزا
مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء
رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله **قال** فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي
هو امانة في يده فلا يسقط شي من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلوة والسلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا
لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين

قوله وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء جواب عن قوله ان فيه اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة
يعني انما ينعدم معنى الصيانة اذا قلنا بتوى حقه والاستيفاء ليس بتوى للحق بل فيه معنى الصيانة على ما ذكرنا انه
يقع به الامن من جحود الدين مخافة جحود المرتهن الرهن وبعجزه عن الانتفاع بالرهن فيتسارع الى قضاء الدين
ومن ضرورته فراغ الذمة عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء وهذا لا ينافي كونه وثيقة ايضا لصيانة حق المرتهن
كالحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحتال عليه صيانة لحق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل
وبه لا يزول معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك اذ لا ثبوت ليد الاستيفاء فيهما ١٢ ك

اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة تزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد
اذ الحق يصير بعرض الهلاك وهو ضد العقد ولنا قوله عليه الصلوة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن
عنده ذهب حقك وقوله عليه الصلوة والسلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن
بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته
والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره
الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع
فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة
لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة
جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك
يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض
هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع
بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض
الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد
ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان
عند الشافعي حكم الرهن صيرورته محتبسا بدينه باثبات حق المطالبة بالبيع عنه وعندنا تعلق الدين بالعين استيفاء منه
فيتفرع على الاصل عدة من المسائل تلقيناها وبيناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن

الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه هو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي
موجبه وهو تعينه للبيع وسنبينه بعد هذا في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون
لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان
المضمونة بعينها فانه يصح الرهن بها ولا دين وكذا ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين
مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها وان كان لا يجب الضمان قبل الهلاك لكنه يجب
بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض ويكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا الاصل
الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد
المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان
المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن
بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن الف
وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة لحديث علي رضي الله عنه قال يترادان
الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى
كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد
فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به
لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه
على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز

ان تقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره
امر الراهن بتسليم الدين اليه اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع
ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له
ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان
هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو
سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا
يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه
صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل
مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار
الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء
الدين لقيامه مقام العين ثم هذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في
ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا
ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار
الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب
وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين

الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك ان غاب العدل بالرهن ولا يدرى
اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن
بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين
فلا يملك المطالبة به **قال** وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين من ثمنه
لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية
اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق
الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني
استيفاء بعده فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده يسقط الدين اذا
كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له
المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن ولا ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان
متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
قال معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان
حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة
واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع

كان رهنا بما فيه لانه لا يملك كل عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطلع ان لم يبلغ معناه ثمن ان نبع
على ما تقدم اليمين ولو رهنه سيفين قيمة ثلثه فيتقلدهما لم يضمن في الثلثة ويضمن في السيفين لان العادة
جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس
خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك
اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن
سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه
لانه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان
ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الراهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام
بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك
حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على
المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت
قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك
وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرنا فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان
وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون
ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على

الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن
في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع
وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كأن صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة
انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة
الحجر **باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال** لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز
وله فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو
المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه
لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك
يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة
فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما
لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقبل القسمة وحكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت
يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى
الوجه الثاني ليكون لو بالحكم الملك ولو بالحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ
يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء
فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب
النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما عدم القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه
ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء والمانع الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن

قال ولا يجوز رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل
في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض
دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون
اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن
الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار
دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل
بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله
به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من
غير ذكره بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا
يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في
رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي
ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دون
الدابة حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار
او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة
للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات

ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك
العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة
بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح
عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته
فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة
فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع
باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن
حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن
الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال
السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب
الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو المضمون
على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار
بالباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف
والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات

القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه
فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه بدله
فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام
المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم
تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا
لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري
يهلك بقيمته **قال** ولا يجوز رهن الحر والمكاتب والمدبر وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء
من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا
بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش
من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون
لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن
مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء
والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن
ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها اذا غصبها منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم
اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى
عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة
فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه

انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه ثم تصادقا ان لا دين
فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان يرهن بدين
عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ
خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن
ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا
مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب
او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسألة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع
المقاصة ويضمنه للصغير عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع
نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر غير مديون
جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم
بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه
بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في

كسوته أو طعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق
وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان
والرهن لأنه إيفاء واستيفاء وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن
يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازماً من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه
ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير
الرهن وكذلك إذا هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضياً دينه بماله فلهذا يرجع عليه ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد
لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب ولو
رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع
في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره
لحاجة الصبي والحكم فيه هو الحكم في الصبي على ما بيناه إن شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع
بذلك على الصبي لأنه غير متعد في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لأنه متعد
إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن
لقيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان
قد حل فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له
على اليتيم فالتقيا قصاصاً ولو كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال
اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن

قوله وإذا رهن الأب متاع الصغير وإنما ذكر أنه رهنه بدين لأنه لو رهنه بدين الأب لأجل ... فأدرك الابن ومات الأب لا يكلف ... لأن الأب ... قبل أدائه ... إذ بلغ لا يكلف ... أداء دين ... إياه ووصيه ... ١٢

المرتهن والفضل لليتيم وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون
رهناً عنده ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك
في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لأن الاستعمال لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الأخذ لأن له ولاية الأخذ في
مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتحقق
غصبه لأن له ولاية الأخذ فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ويأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على
الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له وإن كان لم يحل يكون رهناً عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع
الوصي على الصبي بذلك كما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لأنه يتحقق الاستيفاء
منه فكان محلاً للرهن فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر
بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عنده يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهناً مكانه وفي الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة
وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهو مثل الدين في الأول
وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفياً فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما
أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربوا فصرنا
إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع فلا يمكن نقضه
ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالِب ومطالَب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض

بل هو عامل له

قوله فإن رهنت بجنسها الأشياء

حاصله إلزام ضرر المرتهن لتعذر دفعه بما عداه في تصور دفعه بقولهما فصرنا الخ منعه المصنف بقوله ولا يمكن الخ ك ١٢

قوله وقد حصل الاستيفاء أي لما عرف أن بقبض المرتهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد والفرض عدم عقابه قوله لا بد له من مطالِب بالكسر لأن الراهن قد أدى دينه بالرديء فلا فائدة له في المطالبة والمرتهن مطالَب بالفتح فلا يكون مطالِباً بالكسر لعدم النفع ك ١٢

قوله ثم يتملكه أي بعقد كذا الراهن ك ١٢

نقضا إذ الراهن فيملكه ك

والوصي صار مستوفياً بالهلاك فنقضه صار ملكاً له ك ١٢

وقيل هذه ذريعة الى ان استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف عن ابن ابي ليلى والاصح على
ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي
من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض
وقد امكن عنده بتضمين القيمة ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى
الافتكاك مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه
فيكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صير بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع
المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت
قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق
عندهما ظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة
والرداءة فكان من ضرورة الوزن كله مضمونا ان يجعل كله مضمونا ودون ان يفصل بعضه وهذا لان الجودة
تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته
ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور
رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأنه وزنه اثنا عشر فيها الدين

لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة
بجنسها فاعتبرناها فامكن اعتبارها وفي البيع قول محمد نحو قول ابي يوسف في ... من المبسوط والزيادات مع تخريجها
قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي ولانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة
والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم
فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة
فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه
بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرع ولكن البائع بالخيار
ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير لفواته الا ان يدفع
المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن
اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن
معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة في ضده ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل
الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بالمال لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة
الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن فصل ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصته

فلو لم يكن معينا كان العقد فاسدا استحسانا وقياسا

هذا لانه تصريح بموجب العقد لا التصريح بلفظ العقد سواء لان قولك ملكتك هذا العبد وقولك اعتقك بعشرة موجب العقد كذا وقولك احبس الى وقت الاعطاء فاذا صرح بالامساك الى وقت الاعطاء فقد صرح بموجب الدين ك ١٢

اي الرهن ١٢

احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصته كل واحد منهما الحصة ولو قسم الدين على قيمتهما وهذا
لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين
فصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من عيني الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب
في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق
بالتسمية كما في المبيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى
انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز
وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته
محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محتبسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد
منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما
دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع
اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع
فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما
اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون
كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء لكل واحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء
لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما

كأنهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا
عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاحياء
وبعد القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان
قياسا لكن محمدا رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو
مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه
رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء
حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء
بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح
على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك
لا يجوز وذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض
ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان
والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق
لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه لتعلق حق الراهن
في الحفظ بيده وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده
هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن

ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وواحد منهما اجنبي عن الاخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه
او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان
على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي
ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة
له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان
ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى
الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا يجمع بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن
فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من
اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة
ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل
لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان
مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه
وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث

٢٢٥

الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة
لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم
بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضارب لانه حق
المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا
برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل
الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في
لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه
اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى
والمرتهن لا يملك بيعه ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر عليه اعتبارا بالوجه الاول
وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق
الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان
رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن
في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه
من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله
عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم
استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له
ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول

فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان
ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن
العدل ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار
ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملكه العدل الرهن
باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم
يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه
الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري للمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما
اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة
فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا
انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين
كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن
وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد
فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن
فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه
عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه

٤٢٦

لحقه قال ولو اعتقد غيره هكذا ذكره الكرخي وهذا قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان
مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه
باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه
مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان
قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمنه المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رحمه الله
والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل
منه والملك يحصل في ذلك متأخرا عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض
السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى والله اعلم

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن
بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن
يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز
المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع
من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة
المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع
برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز

المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت
للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت
حق الفسخ له انما يثبت صيانة لحقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء
المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي
ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري
قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا ههنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره
قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع
توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من
غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه
يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي
في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال
المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال
الشافعي ان لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا
كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة
تبقى بعدها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو
تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب او ازالة
ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زوال الملك

زوال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترى بل
اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع
النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو
بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك
ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه
حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه
ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه
لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان
قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فلم يذكره
ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في
ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى
من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فاوجب السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا للنقصان رتبة
بخلاف المشترى قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف ولم يكن يسعى لان حق
البائع في الحبس ضعيف لان البائع لا يملك [illegible] من عينه ولكنه يبطل حقه في الحبس بالاعارة

من المشتري والمرتهن يتعلق حقه بكله ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فاوجبنا
السعاية لتسويتها بين الحقين ثم ذلك لا يعجز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان
وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر
بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية
قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان التدبير لا يمنع البيع عنده
على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما
للاب في جارية ابنه فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين
منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى
المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل
من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا
تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه
ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى
يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد
قضي عليه بالسعاية لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه
لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن
في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق
بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته

قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم
في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان
القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلك المرتهن والدين مؤجل غرم
القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا
حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على
الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت
قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة لان ما انتقص كالهالك سقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم
القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم تلف قال
واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين
يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه
الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على
المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن
على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا
اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك اذا اعاره احدهما اجنبيا باذن
الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه
وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود
الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم

بهذه التصرفات فيتعلق به حكم الرهن اما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار الراهن الرهن من
المرتهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد
الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية وهي
مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات
ملك العين واليد وهو قضاء الدين يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق
البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين
قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه
الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع
عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص
في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن
لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن
وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند
المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله للمعير على الراهن لانه صار قاضيا دينه
بماله بهذا المقدار وهو الموجب للرجوع دون القبض نفسه لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب فذهب من الدين
بحسابه ووجب مثله للمعير على الراهن لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن
بقيته للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن قيمة الثوب لصاحبه موفيا لما بيناه

٥٢٩

ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع
لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي
اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان
لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا
بهلاكه وهو الموجب على ما بيناه فلو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في
بانه في الحالتين ثم لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكاره اصله فكذا
في انكاره وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض
والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه
سلمت له مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كله او بعضه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز
لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان
الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير
لان المضمون والقيمة كالعين واذا استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان
يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه برئ
من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتكه الراهن ثم
ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة
المستعير لانتهاء حكم الاستعمال بالفكاك فقد عاد الى الوفاق فبرئ عن الضمان الى يد المالك اما المستعير فبرئ الراهن
فحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتعلق الحق به اتفاقا قال وجناية الراهن مضمونة لانه تفويت

حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض بمرض الموت
يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبدا يقوم مقامه
قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه اذا كان الضمان على صفة الدين من جميع الوجوه لانه اتلف ملك الغير
والمالك قد تعدى عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر عند ابي حنيفة
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاق فيه فلانها جناية المملوك على
المالك لا تعتبر لانه لو وجب لكان الضمان عليه فجناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عنده
مستحق حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت واما في الخلاف فلهما ان الجناية حصلت على غير ملك المالك
وفي الاعتبار فائدة وهي دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن
كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو
الفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انها معتبرة بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية
العبد الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية
الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن
رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل
الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب
سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان

السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان
بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء منه اذ اليد يد استيفاء واذا لم يسقط شيء من
الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان
الاتلاف لان الجبر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا
حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامها ثم لا يرجع على
الراهن بشيء لان يد الرهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا
الكل من الابتداء ونقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي
تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك كما اذا مات من غير قتل اصلا فانه يصير مستوفيا الكل بالعبد
لا يؤدي الى الربوا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة
لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين
الا بقدر ما استوفى كذلك هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر
يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان
المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب
منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين

الراهن امانة عنده فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع
لان الجناية في حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد يساوي
سنوة حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبدا يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ
فضمان الجناية على المرتهن وليس للمرتهن ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع
على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن
الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى
في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه
غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى
فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي
لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان
ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد
مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية مقدم على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن
او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك
فان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان
ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل الدين وان كان ثمن

ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين
الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد
لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه
لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن
فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا
وانما منه الرضا فان تشاحا فالقول لمن قال انا افديه راهنا كان او مرتهنا فليس في الفداء ابطال
حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جنايته وللراهن ان يقول لل
المرتهن انا افدي لئلا يتلف ملكي وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله
في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية
الدفع لما بينا فكيف يختاره ولو كان المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن
لانه يمكنه ان لا يختار فيخاطب الراهن فلما التزم الفداء والحال هذه كان متطوعا وهذا على ما روي عن
ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع مع الحضور وفي غيبته القولان ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع
فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين
وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في
النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كان
اوفى النصف فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا

لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه قضى
دين غيره بغير امره فكان كالاجنبي ولانه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مطالبته فاذا لم يطالبه فقد
تبرع كالاجنبي اما اذا كان غائبا تعذر مطالبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون
ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا **قال** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى
الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا
لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين
اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت
دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء
بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن
فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه
وفي رهن الوصي تفصيلات ذكرناها في كفاية المنتهى في كتاب الوصايا والله اعلم **فصل** ومن رهن عصيرا
قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن
اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل
القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة
بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا
حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع

البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن فيتقرر بالهلاك على ما بينا
ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع **قال** ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر
واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري
اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم
القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي
الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله
الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به وتخرج المسائل على هذا الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية
المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة
فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان على المرتهن في شيء من ذلك لان الاباحة فصح تعليقها بالشرط
والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك
الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من
جهته فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك الولد اذا
اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس **قال** ويجوز الزيادة في الرهن ولا
تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بهما وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع

في الخلافية اخر ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع
والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الرهن
توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز رهنا
شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به
بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد كما في
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين
على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها
خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين
وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بالقيمة فيهما وفي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض
فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة
كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع
الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي
الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن
في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما
رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان

الاصل

لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر الف جياد
فاستوفى زيوفا فظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم
يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة
ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين
ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا
خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء
والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت
المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على
صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء
ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه
رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء
يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه
يعقبه مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا
اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على
غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك
المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او بما يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا
لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة

باقية بخلاف الابراء والله اعلم **كتاب الجنايات** قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري
مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال والعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري
مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه
الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن
يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله
تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان
الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء
او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي
الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه
وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير
ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص
يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار
ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب
لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة
وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى
لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند
ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقالا وهو قول الشافعي اذا ضربه

بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال
آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر
باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة
فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه
العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب
والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى
يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب
مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر
في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه
قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا
فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني
في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح
تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص
لان القتل قد وجد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع

وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة
لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان
الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه
حقيقة وألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو وإن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم
بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها
لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة **باب ما يوجب**
القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا أما العمدية
فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلينتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد
للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة
أن لا يقتل حر بعبد لأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف
الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقص
ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص
بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه قال والمسلم
بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا
الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا
إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي
الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لأنه غير محقون الدم

على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن
بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى
والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة
على مالك في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحا ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له
قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه
والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأم أو الأب
قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد
ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى قال
ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل
إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا
بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه
كما في كسر العظم قال وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا
كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء
للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به
بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه

من له الحق لانه المولى ان اجتمعا والوارث ان تفردا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته
على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى
في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في
البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه
والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي
المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح
وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه
عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج
تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح
ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنها فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود
من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب
ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي
الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له
يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا

يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار
فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولى والاجنبي وله انه حق لا
يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في
ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولى ممنوعة قال ومن
ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا
اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فيكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر
الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف
الشافعي وهي مسألة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا
الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب
او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية
قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان
عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بينا من قبل لهم قوله عليه الصلوة والسلام من غرق غرقناه ولان الآلة
قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العمد ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي
كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا معتمدة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن
المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلم ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان

في حكمه أظهر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومأت
إليه إشارته في نفي قتله وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه وحاصله في الكفارة
قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه
قال وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ
على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين
على اليمان أبي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين
لا تجب لسقوط عصمته بتكثيره سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره
أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الحية والأسد جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا
والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه
وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس
والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان
النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية قال ومن شهر على المسلمين سيفا
فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا لدفع
القتل عن أنفسهم فله قتله وقوله فعليهم قوله يجب وفي الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في
طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا
الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه وكذا في النهار في غير المصر لا يلحقه الغوث

يأثم

الاصل

الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما
قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
الصبي والدابة وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون لأنه يحتمل أنه قتل دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فصار كالمكره ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب
الضمان أما فعلهما فمعتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح
مسقطا وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف البالغ
لأن له اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر
فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت
عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه
يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من
المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن
لإمكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فإن كانت قائمة فذهب
ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة
فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وإن كان يقتص

منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص
لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام
لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن
لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ
لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه
باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا
بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة
لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس
لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي
بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه
لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا
قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد
المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل
الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصة فقد رضي به فيسقط حقه
كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المعيبة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه
متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او

التلف

المؤنة

او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا عليه فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة
ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين
شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج
زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير
ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر
وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان يقطع الحشفة لانه موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض
لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة
بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتباره فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص
ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام
من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة فيجري
فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء
لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال
واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا
فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما
واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية

بناء ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة
وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها
اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت
لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت
للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين
فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف
القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع
الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر
في سنتين فيما اذا كان بين رجلين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا
ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل
صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة
فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول
منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت
قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه
عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي

لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء
فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذ سكينا وامراه على يده
حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فأخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد
منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجز فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف
النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من
المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد
الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية
يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد
استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي
بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة فان القصاص ملك الفعل يثبت لثبوته
مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان
الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب حتى تستحقه رقبته لهما وان حضر واحد منهما
فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى
لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه
القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم
فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد

والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص
للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد

فصل

الاثر قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطعها عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ
فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان
الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض
الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع
لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم
تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في
الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع
حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف
ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند
استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع
والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما
برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة

سوط وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس

فصل

ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع
وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو
من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف
اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل
اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر
فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة
كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع
وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس
لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود
ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له
من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما
يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا
وخلافا وآذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فمن جميع المال لان موجب العمد
القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق
الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم

عفوا عما يحدث عنه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون موجبا للقصاص
تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها
لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة فاذا
سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه
واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يتقع المقاصة اذا كانا على السوية فان كان في الدية فضل ترده على الورثة
وان كان في المهر يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين ان لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاص
لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها **قال** ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه
وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث
ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض
الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن
العاقلة لانهم يتحملون عنه فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم لم يتولوا القتل فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد الجواب فيما
اذا تزوجها على اليد كذلك لان العفو عن اليد عندهما عفو عما يحدث منه فاتفق جوابهما في الفصلين **قال** ومن قطعت يده عمدا فاقتص له
من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا

لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى في طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه
لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به **قال** ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص
او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه
وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى او ما عفا وما سرى
او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له القصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع
ولابي حنيفة انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجب المال
لان ينظر فيتبين واذا سقط وجب المال وانما لا يجب للحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملكه
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك
لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فقلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق
بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء
فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابع لها غرضا بخلاف الطرف فانه تابع
للنفس من كل وجه **قال** ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز
عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في
القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل
الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام

او عمدا كما في غيره منها والواجب لا يتعدد لوحدة السبب كالرمي الى الحربي فيما نحن فيه لا الثرم ولا وجوب
الى العفو فيكون من تمام الاطلاق والله اعلم بالصواب **باب الشهادة في القتل** ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب
فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها
اجماعا وكذا الدين يكون لابيهما على الآخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن
نفسه فيكون الملك فيه للمورث كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح
قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه
يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة
فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد
حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر
سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد
بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا **قال** فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه
قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران الى انفسهما بشهادتهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما
القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه
يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما المشهود عليه والقاتل فلا شيء لهما لانهما
اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان
دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما
المشهود عليه وحده غرم القاتل الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل

صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش
حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد
او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان
آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبهه ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة
فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد **قال** وان
شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف
باختلاف الآلة فجهل المشهود به ووجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل
اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو اكذبهم في نفي العلم لظاهر ورد باطلاقه في اصلاح
ذات البين وهذا في معنى فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم
العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا
على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار
والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له
غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به
يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار
باب في اعتبار حالة القتل **قال** ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت

وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا
تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل
الموت والفعل ان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ويجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع
به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم
المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان كان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به
فعليه القيمة للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة
ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاتفاق فيجب
ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف
القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير
المنتهى مخالفا للمبتدأ اما الرمي فقبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبة
فيه ولا يجب ضمان فلا يتحقق المنافاة والبدل فيجب قيمته للمولى وزفر ان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة
الاصابة فمحمد عليه يعتمد قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على
الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها قال واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد
لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقعت الرمية اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي
هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده قال ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى
حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم
وقت الرمي وفي الثاني هو حلال فلهذا افترقا كتاب الديات قال في شبه العمد مغلظة على

على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به
والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا
ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها
خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل اربعون منها في بطونها اولادها وروي عن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان
دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف
الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت
التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ
تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا
به والشافعي يروي انه عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال الا انه جعل مكان
ابن مخاض ابن لبون بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور وغير ان عنده ... ابن لبون عن ابن مسعود ما ذكرناه
قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى

انه قضى من ورائهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك **قال** ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية
ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح
على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل
هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا
الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه
ما رويناه وعمومه ولان حال المرأة انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا
في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه **قال** ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله
دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني
ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا
وللشافعي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا قضى ابو بكر
وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك
فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم **فصل فيما دون النفس** **قال** في النفس الدية وقد ذكرناه **قال** وفي المارن
الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس
الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو

عمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي
على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء
رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف
الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن
مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع
بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة
وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد
حروف تتعلق باللسان فيقسم ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء الاكثر يجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام
وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج
الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق
والقصبة كالتابع له **قال** وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع
في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة
وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر
قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال **قال** وفي شعر الرأس
الدية وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي
ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد فصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد

العبد تنقص القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال في حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين
الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق
لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه تجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد
بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها
ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان
اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وهذا كله اذا فسد
المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل
وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل
لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد
والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة
عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي
الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام
قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم وفي العينين
الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال
الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه
من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المراة لما بينا بخلاف ثديي الرجال حيث تجب حكومة عدل لانه
ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك

اللبن وفي احدهما نصفها لما بينا قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه
يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير
لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها
ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء
واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام
في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها
والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال
وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها
اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما
نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه الصلوة
والسلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها سواء في اصل المنفعة
فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ واذا كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات
قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت
جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره حتى انقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدودب
لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها عن اثر

فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي
تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة
وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي
توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي
التي تصل الى ام الراس وهي التي فيها الدماغ فقال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه الصلوة والسلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية
الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص في العظم
وهذه رواية عن ابي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما
قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب
اعتبار حكم العدل وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قال وفي الموضحة ان كانت خطأ
نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان
نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه الصلوة والسلام قال في
الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى في المامومة ثلث الدية
وقال عليه الصلوة والسلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي
كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة

الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف
عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها
تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير
الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون
لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها
لمعنى الشين الذي يلحقه لبقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما
واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا
لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من
غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة
العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه فصل في الاصابع
قال وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع
الكل تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه الصلوة والسلام
وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها
مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة

نصف الدية والتسليم بهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق
بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا
للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف
من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى جمع
بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة
وله ان الاصابع اصل والكف تبع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة
عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف
ثلاث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي
لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم
يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل
الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به
على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر رأسه
دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات

فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال فان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة منها
الى جميع الاعضاء على ما بيناه ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال
وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان
تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين قال وان قطع اصبع رجل من
المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر نصف سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية
في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في
نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في
محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس الساري
فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت متحمل
نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على
الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك

عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الجاني من الاولى في الثانية سهوا والوجه
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى وهي ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان
الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص
فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا يرى ان الشجة
بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية
مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على هذا الاختلاف
ما بينا ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى يسقط الارش في قول ابي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا
لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا
قلع سن الصبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل
لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود
الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه
خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى
فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الاياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتباره
تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت
تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت

فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه
فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك
فيؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول قول الضارب لانه ينكر اثر فعله
وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب
وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها
اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان
يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذلك لو احمر
او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله
لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم
الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله
فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة
ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش
الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب اما اذا لم يبق اثر الضرب فعلى الاختلاف الذي مضى في الشجة الملتحمة قال
ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد
والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء
قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس

وهذا لان الموجب يتحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات
يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر انه قتل وانما
يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح
فهو في مال القاتل لقوله عليه الصلوة والسلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في
ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن
في البيع **قال** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان
الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطى وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب
جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد
وهذا لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا
فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف
بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته
عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل
جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لانه عمد حقيقة
اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا
تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي انه جعل عقل
المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطى لما استحق التخفيف حتى
وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم

والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوع عنهما القلم **فصل** في الجنين واذا
ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر
وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة
ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا
اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه الصلوة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه
بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه الصلوة والسلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي
عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله عليه الصلوة والسلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من
حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني
في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل واكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف
اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين
انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته
حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل
الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه الصلوة قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج
الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا

فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار
كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب
الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين يورث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب
بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل
قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام
لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور
النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل النفس فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام
اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما عرف فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها
ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق
لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا
اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير
مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب
لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع
والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد
في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم
فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع للذي
عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في يده اذ المانع متعنت واذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام **قال** وليس لاحد من اهل الدرب الذي
ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال
فلا يجوز التصرف اضرهم او لم يضرهم الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك
غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما **قال** واذا اشرع في الطريق روشنا
او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان
وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر
بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب
نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه
ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط
ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية
وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا
الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها
فتركها المشتري حتى عطبت بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب

في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح
فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار
العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم
وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار
حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في
الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل
ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش الماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش الماء قليلا كما هو المعتاد
والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا
رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا واذا استاجر اجيرا
ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء
في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك
انسان فديته على عاقلته وان تلفت فيه بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل
النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر و

والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه
ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان
ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد
انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق
فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو
مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له
ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما
اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا
صحيح ولو حفر في الطريق فمات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات
غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه
كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه
فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا
فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان
هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا

يجب الضمان على المستأجر لان كل واحد منهما سبب غير متعد في المستأجر فقد جعل جناية
فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس مملوكا له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي
وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم
الا انه يجب الضمان على المستأجر استحسانا لكون فنائه مملوكا له لاطلاق يده في التصرف فيه من القاء
الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ذلك فكفى ذلك
لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي
عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدى وهو تسبيب والثاني
تعدى وهو مباشر فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر
مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء
قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا
وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه الناس عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد
للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة او حصيرا فعطب به رجل لم يضمن وان كان
الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل
واحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق
ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه وغلقه وتكرار الجماعة
اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة

وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان
من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة
او نام في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل
على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة ولان المنتظر للصلاة في الصلاة
حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة ولابي حنيفة ان المسجد انما بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من
اظهار التفاوت بين الاصل وبين الملحق به فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط
السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد
والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل
من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة ان
كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده **فصل في الحائط المائل** قال واذا مال
الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به
من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه
والميل وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق
المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان
في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب

حبس الطريق ولانه لو لم لو وجب عليه الضمان يمتنع عن التقدم فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون ودفع الضرر العام
من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس
تجب فيه الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستئصال
والاجحاف وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم
اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكرنا الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط
وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان
يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدى
ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط
الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم
او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا
ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل
فالمطالبة اليه بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها
فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث
لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان
الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا
يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل
انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر

والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم
او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب
لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان
مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان
النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه
بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه والنقض ملكه والاشهاد على الحائط
اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه
وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها **قال** واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان
فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب
من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح
الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر
كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات
فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها **قال** الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها
او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور

في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه
الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز
عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** فان اصابت بيدها
او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن
وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكنه الاحتراز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني
يمكنه لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان
راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا
اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان
بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة
من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون
رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة
بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق
لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها
وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله

عليه الصلوة والسلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا
تخويف بالضرب **قال** وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب
مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل
منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب
حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما
اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان
كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي
يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه
لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف
الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم
يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم
اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا
وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين
يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا

في العبدين كل واحد منهما هلك بعد جنايته فلم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على
عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان
على اصل ابي يوسف ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل
ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول
وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق
دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا
التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة ولانه قاصد لحفظ
كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطئ
بعير ان ما هو ان الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير
فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق
فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب
من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلفه والسائق لا يقدم الزمام الا بسوقه ما كان قدامه **قال** وان ربط رجل بعيرا الى القطار
والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره
فصار متعديا في التسبيب والدية على القائد لانه في القتل الخطأ رجعوا بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي
اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما صاحب سبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة
لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه

يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره
بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه **قال** ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها
يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق
فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله
الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها فلا يصح نسبته الى المرسل
اضافة فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق
سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وذكر عن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس
قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابته في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه
ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا
ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه
من الصيد وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله صيدا فاصاب نفسا او مالا
في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد
فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان انفلتت
لا يضمن صاحبها ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام
العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته **قال** ومن فقأ عين شاة
لقصاب فعليه ما نقصها لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة
وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام

قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي
في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا
المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها
رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
وهو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لأن الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة
إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضا وإن نفحت
الناخس كان دمه هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة
الناخس لأنه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف
أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف
إلى الناخس فيجب الضمان عليهما وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه
في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر ولو وطئت رجلا
في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها
في تلك الحالة مضاف إليهما والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف فمن هذا
الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط هذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة

للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية
عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء
لأنه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما
إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الآمر
لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس
إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان
على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت
من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إلى الناخس
إذا كان عبدا فالضمان في رقبته وإذا كان صبيا ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب
قال في الطريق فنفحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه قال وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه
وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له أن
الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد
لأن العقل عندنا بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية
على المال ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزا
عن استئصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلته

الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل
الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجنايات
على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد في اثبات الخيرة نوع تخفيف كي
لا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل
الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق
بالحر استيفاء فصار كالعبد صدقة الفطر **قال** فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل
ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختيار الواجب عين واما الفداء فلانه
جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا
وجب حالا كالمبدل واختاره وفعلا اي لولي الجناية اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات
العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد
الى ذمة المولى **قال** فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية
بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على
قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة
الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما
وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا
وفقأ عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان
يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات
المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق متحد
لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها **قال** فان
اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش في
الاولى لانه فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثانية صار مختارا لان الاعتاق
يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب
بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه
المقر له باقراره فيشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع
بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال
ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل
فيصير مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في
الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا ولو ضرب المولى العبد فنقصه فهو مختار
اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لانه فوت جزءا بخلاف
التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطئ الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزمه

لان وقت التعليق لا جناية ولا علم له بوجودها
لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ١٢
لان [illegible]

المولى قيمته **قال** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك
وقال زفر لا يصير مختارا للفداء الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط
وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط
كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير مبتدئا للايلاء
من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير
فارا الا انه يصير طالقا بعد وجود المرض فكذا هذا وبخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع
فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة
الاختيار **قال** واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية
وان لم يعتقه رده على المولى ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين
ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا
سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا
وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما
يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي به المولى يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون
ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا
فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما

ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك
وههنا قال يجب وقيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الكل على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه
ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك ان بطل حكما يبقى
موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل لم
يمنع العقوبة وهذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال** واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه
الف درهم فاعتقه المولى وهو لم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين
كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين
من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة
واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه
وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال** واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه
يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها
متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها
وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية **قال** واذا كان
العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه
فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال
لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة
معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا

قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعد البلوغ وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان
جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت
قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له
كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم امر برده لانه اعترف باليد لها ثم ادعى التملك
عليها وهي منكرة والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول
قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى
مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة
وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر
وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان
قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه
سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة
فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق
لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان
امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع
له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا
كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لظاهر ما بيناه

بانه بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان
المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب
العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه
المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف وعشرة آلاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب
العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق
في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لوليي العمد فالقسمة عنده بطريق
المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف
فلهذا يقسم ارباعا وعندهما يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة
بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان
عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا
نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة فصل ومن قتل عبدا
خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف
الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع
لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض
يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا فاشبه قليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة

وهي الاسم للواجب بمقابلة الآدمية لان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع
الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية وكذا الدية في قليل القيمة الواجب
بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه اثرا مقدرا بعشرة آلاف
فنقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي
يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو
بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان
ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة
غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش
اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص
عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة
فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين
بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية
قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق
فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما
انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء
بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك
المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص
والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق
سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصل الاول عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح
الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه قد حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب
عند محمد في الفصل الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما
رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبرناه انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب
دية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم
نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت
العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه
ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فتتقدر بقدر الضرورة وهي في العتق دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها

جثتها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة
لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان
المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة
وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية
للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان
معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا
فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت
معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع
او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم
على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فصل
قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن
ابي عبيدة انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من
غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل لانه لا حق لولي الجناية
في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس
واحد لاختيار المولى الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبة صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء

والفداء فوجب في جناية المدبر وام الولد وان تولت الجنايات لم يجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة
ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية
عليه لان المنع في هذه الحالة يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه
لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع
ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق
الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن
بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من
وجه من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق
ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه
بالمنع فصار كما وجود الاعتاق من بعد وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع
كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده
واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات
في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء على الغاصب
لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في
الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وانه استولى عليه وبرئ
الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لانه مؤاخذ
بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان

لان المولى بالتدبير او الاستيلاد اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا حق ولي الجناية
فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال
ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف العبد بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد
قال يدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم
له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد
وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى
بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده
جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف
حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع
المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع
على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان
جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ثم يرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع والجواب في العبد كالجواب
في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة
بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى ولي الجناية
الاولى لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره فانما ينتقص بحكم المزاحمة من بعد قال

يرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى
الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى
وقيل على الاتفاق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك
فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي
الى ما ذكرنا قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة
الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى
انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حر رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب
ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق والحيات والصواعق والحيات لا تكون
في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان
تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع
يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال فاذا اودع صبي عبدا فقتله
ضمنت عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين
وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق
وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي قال محمد في الاصل
الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا معصوما متقوما فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة
عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب عليه كما اذا اتلفه باذنه

ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا للمالك وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه فلا يبقى
مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه للحفظ ولا اقامة هٰهنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه
بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه
اذ هو مبقي على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى
الصبي دون غيره **قال** وان استهلك مالا ضمن من غير ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها
في حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم
يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في قتل عمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه
مثل مذهبنا للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه الصلوة والسلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه
ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين
على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب انه عليه
الصلوة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع
دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة
وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه

بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان
كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية
لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع
مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي ولنا ان النبي عليه الصلوة والسلام جمع بين الدية والقسامة في
حديث سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه الصلوة والسلام
تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية
اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او
بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل
المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا
ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم
انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا في المبسوط وعن ابي يوسف رحمه الله
في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة
فان قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم
وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على الاصل
وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق

اطلاق النصوص من غیر فصل بین دعوی ودعوی فنوجبهما بالقسامة فاما اذا ادعی علی واحد من غیرهم سقطت عنهم
فلو اوجبنا بهما بالقسامة وهو ممتنع ثم حکم ذلک ان یثبت ما ادعاه اذا کان له بینة وان لم یکن یستحلفه یمینا واحدة
لانه لیس بقسامة لانعدام النص وامتناع القیاس ثم ان حلف برئ وان نکل والدعوی فی المال یثبت به وان کان
فی القصاص فهو علی اختلاف مضی فی کتاب الدعوی **قال** وان لم یکمل اهل المحلة کررت الایمان علیهم حتی تتم خمسین
لما روی ان عمر رضی الله عنه لما قضی فی القسامة وافی الیه تسعة واربعون رجلا فکرر الیمین علی رجل منهم حتی
تمت خمسین ثم قضی بالدیة وعن شریح والنخعی رحمهما الله مثل ذلک ولان الخمسین واجب بالسنة فیجب اتمامها ما امکن ولا
یطلب فیه الوقوف علی الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فیه استعظام امر الدم فان کان العدد کاملا فاراد الولی
ان یکرر الیمین علی احدهم فلیس له ذلک لان المصیر الی التکرار ضرورة الاکمال **قال** ولا قسامة علی صبی ولا مجنون
لانهما لیسا من اهل القول الصحیح والیمین قول **قال** ولا امراة ولا عبد لانهما لیسا من اهل النصرة والیمین علی اهلها وان وجد
میتا لا اثر به فلا قسامة ولا دیة لانه لیس بقتیل اذ القتیل فی العرف من فاتت حیاته بسبب یباشره الحی وهذا میت حتف
انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم یجب علیهم القسم فلا بد ان یکون به اثر یستدل به علی کونه
قتیلا وذلک بان یکون به جراحة او اثر ضرب او خنق وکذا اذا کان خرج الدم من عینه او اذنه لانه لا یخرج
منهما الا بفعل من جهة الحی عادة بخلاف ما اذا خرج من فمه او دبره او ذکره لان الدم یخرج من هذه
المخارق عادة من غیر فعل احد وقد ذکرناه فی الشهید ولو وجد بدن القتیل او اکثر من نصف البدن
او النصف ومعه الراس فی محلة فعلی اهلها القسامة والدیة وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من
النصف ومعه الراس او وجد یده او رجله او راسه فلا شیء علیهم لان هذا حکم عرفناه بالنص وقد ورد به فی البدن
الا ان للاکثر حکم الکل تعظیما للآدمی بخلاف الاقل لانه لیس ببدن ولا ملحق به فلا تجری فیه القسامة ولانا لو

لو اعتبرناه تتکرر القسامتان والدیتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالیان والاصل فیه ان الموجود الاول
ان کان بحال لو وجد الباقی تجری فیه القسامة لا تجب وان کان بحال لو وجد الباقی لا تجری فیه القسامة تجب
والمعنی ما اشرنا الیه وصلوة الجنازة فی هذا تنسحب علی هذا الاصل لانها لا تتکرر ولو وجد فیهم جنین او سقط
لیس به اثر الضرب فلا شیء علی اهل المحلة لانه لا یفوق الکبیر حالا وان کان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت
القسامة والدیة علیهم لان الظاهر ان تام الخلق ینفصل حیا وان کان ناقص الخلق فلا شیء علیهم لانه ینفصل میتا لا حیا
قال واذا وجد القتیل علی دابة یسوقها رجل فالدیة علی عاقلته دون اهل المحلة لانه فی یده فصار کما اذا کان
فی داره وکذا اذا کان قائدها او راکبها فان اجتمعوا فعلیهم لان القتیل فی ایدیهم فصار کما اذا وجد فی دارهم
قال وان مرت دابة بین قریتین وعلیها قتیل فهو علی اقربهما لما روی ان النبی علیه السلام اتی بقتیل وجد بین
قریتین فامر بان یذرع وعن عمر رضی الله عنه انه لما کتب الیه فی القتیل الذی وجد بین وادعة وارحب کتب
بان یقیس بین قریتین فوجد القتیل الی وادعة اقرب فقضی علیهم بالقسامة قیل هذا محمول علی ما اذا کانت بحیث یبلغ
اهله الصوت لانه اذا کان بهذه الصفة یلحقه الغوث فیمکنهم النصرة وقد قصروا **قال** وان وجد القتیل فی دار انسان
فالقسامة علیه والدیة علی عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا یدخل السکان فی القسامة
مع الملاک عند ابی حنیفة وهو قول محمد وقال ابو یوسف هو علیهم جمیعا لان ولایة التدبیر کما تکون بالملک تکون بالسکنی
الا تری ان النبی علیه الصلوة والسلام جعل القسامة والدیة علی الیهود وان کانوا سکانا بخیبر ولهما ان المالک هو
المختص بنصرة البقعة دون السکان لان سکنی الملاک الزم وقرارهم ادوم فکانت ولایة التدبیر الیهم فیتحقق التقصیر منهم
واما اهل خیبر فالنبی علیه الصلوة والسلام اقرهم علی املاکهم فکان یاخذ منهم علی وجه الخراج **قال** وهو علی اهل الخطة
دون المشترین فی قول ابی حنیفة ومحمد وقال ابو یوسف الکل مشترکون لان الضمان انما یجب بترک الحفظ ممن له ولایة الحفظ

وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك فقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو
المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال
وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق احد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار
وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها
كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة
قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا
ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فالدية على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده عند ابي حنيفة
وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ
ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ
باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض
وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس تصرفا ولو
كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وان كانت

دليل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال
فان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب
الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف
ظ والفرق ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانهما لا تنقلان قال وان
وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على
بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا
فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال
لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية
التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يلحقهم ما يجب لاجل
النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة الملك والسكنى وهي
مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه
اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت مملوكة تجب الدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين فعلى اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد
ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع
فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى الولي على واحد من اهل
المحلة بعينه لم تسقط عنهم القسامة وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم

الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر بخلاف ما اذا ادعى على رجل من غيرهم
لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا
على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم
امتنع دعواه عليهم سقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل
بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة
شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى
لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في
معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد
قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه **قال** واذا
استحلف فقال قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا
يقبل ويحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان
من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا
خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم
خصوم بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصماء كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذا الاصل يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة

بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتهما لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطع بشهادته عن نفسه فكان
متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم خيروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح
في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما
اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه
وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك الاحتمال ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى
اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة
فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته
على عاقلة ورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون
هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتيل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتيل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور القتيل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه
قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن
الاخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد
عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا
لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة
وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة

والقاتل ترك العاقلة ولو وجد قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو
على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهلها **كتاب المعاقل** المعاقل جمع معقلة وهي الدية
وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدما من أن تسفك قال والدية في شبه العمد والخطأ
وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد
ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلوة والسلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء
قوموا فدوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا
إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة
تحقيقا للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلث سنين وأهل الديوان هم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا
وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلوة والسلام ولا نسخ بعده
ولأنه صلة والأولى بها الأقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان
وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل
النصرة وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على
أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله والدية
صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي صلى
الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة

واحدة فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء
حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى
ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية
في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وإذا كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة
وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة
من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو
حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا
يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس وإنما
يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها
من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل
قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري
في مختصره وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع
الدية في ثلث سنين على ثلثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح
قال وإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب
فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون
وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك

الى الامام لانه هو عالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي تجب على كل واحد نصف دينار ويسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة
وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فينقص
منها تحقيقا لزيادة التخفيف لو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل
السنة لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء فانهم معاذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل
سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية
وان كان تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج
بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته من الشهر فان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت
الدية في الاعطيات دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطيات اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه و
الاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم
لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه
والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى
قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء
ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء
من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة
كذلك في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة
لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل

اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب
والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية
اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة قيل هو
صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به
اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر
لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو
كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل
عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا
فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني التي تعصم عن الاضرار ومعنى التناصر موجود
في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب
على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى
بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن
كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة
فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر
ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فتحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل

البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الموجب الجناية وقد تحققت وعاقلته
أهل الكوفة وصار كما إذا حول بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل و
بالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته
عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصته من القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب
القبائل في النسب لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير
حكم الأول لا إبطاله وعلى هذا لو كان مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على أهل
البصرة ولو كان قضي بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية
على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضي بالدية عليهم في أموالهم
في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضي بها أول مرة في أموالهم لأنه
ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضي بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال
أداء والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي عليه بأن كان القضاء
من الإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول إلى دراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء
لأنه أيسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم
قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي
وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والأصل فيه حديث
ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا

ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف
ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على
العاقلة إلا أنا تركناه بما رويناه وبما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على
العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم
كما يجب ضمان الأموال فيكون في مال الجاني أخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم
بالصلح أو باعتراف الجاني لما روينا ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية
عليهم قال إلا أن يصدقوه لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم الولاية على أنفسهم ومن أقر بقتل خطأ
ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي لأن التأجيل من وقت القضاء
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية
على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الأول إلا أن يكون له عطاء
معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لأنه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال وإذا جنى الحر على العبد
خطأ كان على عاقلته لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تجب في ماله لأنه بدل المال عنده
ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عنده على ما عرف
وفي أحد قوليه تتحمل العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا رحمهم الله إن القاتل إذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال
لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه

من انواع ملزم بسبب المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية
على القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم تكن
له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه
ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام
على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب
حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم
مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه
ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته
فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها
على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي بها
على الآمر او على عاقلة الآمر لان الدية تجب مؤجلا بطريق التيسير قال رضي الله عنه ومنها عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل
الذي يخرج عليه ان حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها
او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع او لم
يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل
الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت عاقلة واحدة فلحقهم زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعد القضاء الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر
والاضداد والله اعلم

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا
رجوعا عنه **قال** الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو
اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان
مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه
لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في
الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم
في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي
في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل ان شاء الله تعالى **قال** ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث سعد بن مالك الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب
الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء
في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث **قال** الا ان تجيزها
الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق
اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس
لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى
وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان
الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة

فيتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث

الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطها القبض فصار
كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن **قال** ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا
لقوله عليه الصلوة والسلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث
وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا [illegible] ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان
الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم **قال** ولا تجوز لوارثه لقوله عليه الصلوة والسلام
ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم
ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف
الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ
من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار **قال** الا ان
يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز
على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد **قال** ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في
المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله
تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية **قال** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة
او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد **قال** ويستحب ان
يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم

حيفا

بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة
فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه الصلوة والسلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على
فضيلة وهي الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين **قال** والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية
اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك
جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها
هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول **قال** الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول
فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري
قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة **قال** ومن اوصى
وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ
بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها **قال** ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي
تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بالصرف الى نفسه
في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام
قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب
بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه

ولا وصية له كان يتعلق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم تاب بعد ان ادرك لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليته متحققة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه **قال** ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع
وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا الى الحالين للمكاتب بقوله كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك
معروف في موضعه **قال** ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد
من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام
فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح
في الموجود اولى **قال** ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق
بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح
افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع **قال** ويجوز
للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت
والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع **قال** واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا
اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار
فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي
كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه الا بها
فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر

بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار
الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين
الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة
الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا وغسل الثوب الموصى به لا يكون
رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا **قال** ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا
كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا
وجه قول محمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان
الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو
قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال
باطل لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت
لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف
ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للورثة وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى
على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك
حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم
الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما

ولآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب
الديون فيجعل الأقل سهما فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر ولو أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق
الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة
إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف
مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه
مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث
وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل
الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو أوصى بنصيب ابنه
فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت
والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الأول نظرا إلى الحال
والكل ماله اليوم وجوابه ما قلنا ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد
عليه وهذا عند أبي حنيفة وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد
سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد
عليه عند عدم إجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام
فيما روي ولأنه يذكر ويراد به السدس فإن إياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة

الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا وهذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه
ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان ومن
قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس
فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لأن السدس ذكر معرفا
بالإضافة إلى المال والمعرفة متى أعيدت يراد بالثانية عين الأولى هو المعهود في اللغة قال ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه
فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما مشترك بينهم
والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن
جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهي
بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم
يكن له إلا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول أبي حنيفة لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لأن
عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والأول أشبه للفقه المذكور قال ومن أوصى لرجل بألف درهم
وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس
فيصار إليه وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك
الورثة وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لأن للعين فضلا على الدين ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالا
عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن

الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت
لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية
هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث
ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى
له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت
لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له
غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لانه لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا كان باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت
ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة وماليتها توجد
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة
الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي
ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال
وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة
اسهم قال رضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية
لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك
في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام

يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل الا انه لا يمكن صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلث ثلاثة
قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو
اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر
بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال
لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة
بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد منهما بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان ومن قال لفلان علي دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان
صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا
فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى
شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا
غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم
المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر
الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد منهما في نصيبه من غير منازعة
واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ
فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى

فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت ٣

بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به
وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل
للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر
بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق
من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف
ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث
ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا
حصة احدهما مميزة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى
بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه
الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود قال الا ان يسلم الورثة الثوبين
الباقيين فان كان زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق
فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء
هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء
فيتعين حق صاحب الوسط ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان
وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى
له مثل ذرع البيت في هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى بملكه وبملك غيره لان

لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية
كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به
في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت
في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل
بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك
لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع
وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كانه البيت ملكه من الابتداء وان وقع
في نصيب الاخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير
به وتحصيل المقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الاخر
عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد
وطلاق المرأة باول ولد تلده فكان المراد في حق الطلاق مطلق الولد وفي حق العتق ولدا حيا ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا
عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير
عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة
ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من
اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه
فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته

اجازة يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة بعد موته لان الوصية
في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان
والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه
الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره
لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم
له الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ منه نصف ما في يده فيصير نصف
التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له
لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت
حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورته وقال رجل له ستمائة
درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عندهما وعنده له ثلثا كل واحد منهما له ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق
فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام ولهما ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية
فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى
تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع
بدونه وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في
حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث
والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين
المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن
قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية
وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لتقدم السبب حالة صدوره
قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وفي كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي
وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى
انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج
والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل
بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث
اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت باب العتق في مرض الموت قال ومن اعتق عبدا
في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية
مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير
مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه

كما في المبسوط وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد
التصرف فيعتبر حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة
لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله **قال** وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى
فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث ولا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه
آنفا لانه اقوى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فاذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث
بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه
الفسخ والمحاباة يلحقها ولا عبرة بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت
في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى
قسم الثلث بين المحاباتين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان
ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق
اولى في كل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصيته بحجة
يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة رد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه
نوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله ان الوصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه
تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا

الرفع

اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عنده حتى
تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعندهما حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق
قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان
العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد
اسقطوه وهذا لانه اسقاط عليه **قال** ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح
لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم
لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فينفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث
ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض
فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي
استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في
المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين **قال** الا ان
يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه **قال** ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف
درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار

الصحة

بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى وقضية القياس ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل النقض والبطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين مقدم على الوصية الا ترى انه يمنع له من الثلث فيقدم على حال الصحة ولا يمكن نقض العتق في تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعندهما الوديعة اقوى وعنده سواء

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الزكوة والحج والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبدأ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين

قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه

قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل

قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن

قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه الصلوة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط

وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا
قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون
للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام
ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر
الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة
وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان
القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان
وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما يقسم بينهم اربعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو كان له عم
وخالان فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف
ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد
فله نصف الوصية لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة
وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه
في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل
فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى

تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف
الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه
اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني
فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه
امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة
ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى
بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل
للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله في الوصايا
اثنان ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان فلان ابا قبيلة
كبني تميم حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه
مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل
انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه الوصية لهم جميعا
وذكر في موضع آخر انه يوقف الى ان يصطلحا ولنا ان الجهة مختلفة لان هؤلاء يسمون موالي النعمة واولئك منعمون فصار مشتركا
فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان

الا على ولا الاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات الاولاد
لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انه يدخلون لان سبب الاستحقاق
لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد الموالي
وموالي موالاة يدخل فيه معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم
على السواء ولمحمد ان الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم
موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا
اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه
والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه مولى عتقهم لانهم ليسوا بمواليه حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم
بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء **باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة** **قال** وتجوز الوصية بخدمة
عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا
بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف
عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث
لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل
المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما **قال** فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى
له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه
في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى
المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا

للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما
زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى
وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم ووجه الظاهر ان حق
الموصى له ثابت في جميع الدار بان يظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم
اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه **قال** فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي
من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت
على ما بيناه من قبل **قال** ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع
كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع
وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها
ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه
بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا
ان الوصية تمليك بغير بدل مضافا الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة
الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل
غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت
لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة ولمن يملكها

بعقد المعاوضة حتى يكون تمليكها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر
مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى
اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره
فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم
ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية كيف وانه عين حقيقة لانه
دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة من تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء
فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون في يده ثلثها يستغلها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه
الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له
فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار قال ولو اوصى بخدمة
عبده لآخر وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما
شيئا معلوما عطفا لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة
بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث
من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج
من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولكل واحد منهما ما سمي
له لما بينا فصار الظرف في هذه المسائل كما اذا فصل احد الكلامين عن الآخر فيهما اما اذا وصل فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد
الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لان في ايجاب الكلام الاول ما يتبين من آخره الكلام
الاول الجواب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البناء منه صحيح وان كان مفصولا لان الكلام ثم يتبين في حال

حال حياة الموصي فكان البيان مفصولا فيه وللموصى له ثلثها في صحة الرقبة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص واسم
الجارية يتناول الحمل وما في بطنها واسم القوصرة كذلك فمن اوصى لغيره ان على الآخر موجب الخاتم على الانفراد
بمنزلة الخاص مع العام في الفص صحيحان وكل واحد منهما يقتضي ما يجب على حدة فيجعل الخاص مقتضيا لا يكون الثاني
رجوعا عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم لفلان ثم بالفص لآخر بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له
بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق كلاهما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك
او الاستثناء فيتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة
فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه كان
له هذه الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم مذكورا
لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر
الانصراف الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها
من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب
عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل
الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في
الوصية والاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت
الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده

يورث ولا يلزمه فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا يصح عندهما قال ولو أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لقوم مسمين فهو جائز من
الثلث معناه إذا أوصى بأن يبني داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى
التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد الوصية باطلة لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من
تقرير المعصية ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا ترى أنه لو
أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين
الوصية أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة
لم تصر محررة خالصة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق
العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في
غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث عنه ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة
أقسام منها أن يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره
وتطعم المشركين وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه بيناه ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون
قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالإجماع
اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون والجهة مشورة ومنها إذا أوصى
بما لا يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز لأنه معصية في حقنا وفي حقهم إلا أن يكون
لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو بمنزلة المسلم في الوصية لأنا أمرنا ببناء الأحكام
على الظاهر وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الأصح أنه

يصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي
بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في
دار الحرب إذ هم أموات في حقنا ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من
ذلك أخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح
منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة
الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه من
أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث
أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا
بالإرث إذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخت الميراث

باب الوصي وما يملكه

ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس بشيء لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه
فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث
يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه قال فإن ردها في وجهه فهو رد لأنه ليس للموصي ولاية
إلزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره فإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء
لم يقبل لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيرا فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو
معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالوكالة فباع حيث لا ينفذ
لأن الوصاية خلافة لاختصاصها بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة
أما التوكيل فإنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنوب عنه فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرطه

الاختيار فيما تقدم من الكتب فان لم يقبل حتى مات الموصي فهو لا اقبل ثم قال اقبل فذلك له ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال
اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع
الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز
عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا
ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى
الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد
في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي
غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة
وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر
بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن
اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزمه فلا يفيد
فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو قياس وقيل قول محمد مضطرب فيروى مع ابي حنيفة
وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب
المشروع وعكس المعقول ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع
وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع
فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول

او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم القاضي
اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لعجزه ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا
الوصي الى القاضي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا
استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره
كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره
وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من
الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند
عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد
دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان
الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب
اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى
وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان
السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب
عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا
لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها قال الا في شراء الكفن له وتجهيزه لان في التاخير فسادا

الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب
والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب
الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي
وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد
بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التأخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع
في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف
بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد
لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما
فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان
يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفا في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت
منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي
آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى
الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي فاوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي
لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي

يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال
والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية
قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا باستعانته الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له
باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون
خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له واما الموصى له
فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون
الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن
لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك
الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له
فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث
ما بقي وكذا ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام
الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية
فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت
لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل الدفع الى
من يحج عنه ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كما

جعلها **قال** ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة
ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن
النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى
بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء
متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما ههنا بخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن
فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده **قال** ويرجع فيما ترك الميت
لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع
التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع
بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان
في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة
وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم
يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين اخر **قال** وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة
عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض
القسمة باستحقاق ما اصابه **قال** واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى

اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه **قال** ولا يجوز بيع الوصي
ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة
لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع
النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله **قال** واذا كتب كتاب
الشراء على وصي كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب
الشاهد بما في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا
يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس به لان الوصاية تعلم ظاهرا **قال** وبيع الوصي على الكبير الغائب
جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير
العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو
يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه **قال** ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف
ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب
في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم **قال** والوصي احق بمال الصغير من الجد
وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان
تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه **قال** فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح
دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة

واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى

فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وفي
القياس لا تقبل وهو الاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان اذا شهدا ان
الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء
من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران لانفسهما حق التصرف في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال
الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين
لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت الشهادة عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران
للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكره الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد
وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر
حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه
الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتتحقق التهمة بخلاف حالة الحياة لانه في الذمة لبقائها لا في المال
فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت
الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله
فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث

بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال واذا كان
للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه
الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي
عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك
دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه
علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة
الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو خنثى
مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال فاذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم
الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه
او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات
فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط
والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهن فان
قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه
وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها
لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحسان وان لم يعده اجزأه

ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل
لانه عسى انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام له من بيت المال
لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في
حياته لبس الحلي والحرير وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل وامرأة وان يسافر من غير
محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا
يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو
رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين
امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك لو قال كل عبد لي فهو حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق
حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه لا يخلو عنهما وان قال الخنثى انا رجل او قال
انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله
من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال
الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب
لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا صلى عليه مع رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن
مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم
الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو
احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنته وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس

ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما على ثلاثة اسهم للابن سهمان وللخنثى سهم
وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك قال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا
في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة قال ابو يوسف المال بينهما على سبعة
للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع
يقسم بينهما على قدر حقيهما فانه يضرب بكل ذلك بغير ... فيكون سبعة ومحمد ان الخنثى لو كان ذكرا لكان المال
بينهما نصفين ولو كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما
نصفان لكل واحد ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في
السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة
وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن وفيما زاد عليه
شك فاوجبنا المتيقن فصار على ان المال لا يجب بالشك كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر ولانه
فيه المتيقن وكذا اخذ الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فح يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا
به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى وامرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعنده
في الاول للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث
والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما مسائل شتى قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك
بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي
يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين لا فرق بين الاصلي والعارضي
ولو سمي الموحش من الملاهي في حق الزكاة والفرق للجانبين ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك

في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معهودة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء
من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي
فلا يقاس عليه وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه
وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى
ان النبي عليه الصلوة والسلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز
وفي حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق
الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون
اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا
للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد له بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص
ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
او اقر بالقتل المطلق يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوض لانه شرع جابرا فجاز ان
يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العباد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوض
فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل
ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب
لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة

وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة
لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما
حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه
اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل
لسانه ولان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير المعتقل اللسان قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت
المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار
وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة
حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن
المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز
عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة

والله اعلم بالصواب

قد وقع الفراغ من كتابة الجلد الثاني من كتاب الهداية في شرح البداية في علم الفقه الذي للامام
المحقق الرباني برهان الدين المرغيناني بدار السلطنة بخارى شريف صانها الله تعالى عن الآفات
والبلية في اليوم الرابع من رجب سنة ثلث وثلاثين ومائتين والف من الهجرة النبوية على صاحبها
افضل الصلوة واكمل التحية على يد العبد المحتاج الى الله الملك الصمد دولت محمد بن نذر محمد سرلي
هوفزنه من قرى البلخ غفر الله له ولوالديه ولاستاذه ولمن طالع فيه دعا لكاتبه بالمغفرة ولكافة المسلمين

در خبر آمده است که چون خدای عز و جل خواست که آدم را بیافریند فرمود بفرشتگان که بدرستی که من در زمین
خلیفه بیافریدم که زمین را آبادان کند و سپارم و شما را از زمین بآسمان برم فرشتگان گفتند ایشان فساد
کنند و خونهای ناحق ریزند و ما تسبیح تو می گوییم و حمد و ثنا میگوییم خدای تعالی این سخن را از ایشان
نه پسندید فرشتگان پشیمان شدند و بترسیدند و همه دستها را برداشتند و دعا و زاری را از ایشان
قبول کرد گفت می خواهید که من خدایم از شما خوشنود شوم و آنچه که گفتند از شما درگذرم
فرشتگان گفتند خدایا از کریمی تو همین سزد که چنین کنی فرمود بجای برو فرمان آورید
در زیر عرش من دریایی آفریده ام که نام آن البحر الحیوان گویند بدان دریا همه فرود شوید و دهانها را آب
کنید و رو و دستهای خود را و دستهای خود را بشویید و سرها را مسح کشید و پایها را
بشویید فرشتگان رفتند بفرمان خدای عز و جل طهارت کردند بس گفت کنید
بگویید که سبحانک اللهم و بحمدک و اشهد ان لا اله الا
تحریر بتاریخ یوم دوشنبه ۲ شهر ربیع الاول ۱۲۶۱ ... محمد فقط

بسم الله الرحمن الرحیم
تحریر بتاریخ یوم ... شنبه ... شهر ربیع الاول سنه ۱۳۰۶
از هجرت حضرت نبوی صلی الله علیه وسلم

محجة الزاهدين

عم يا ابن راس العابدين ويا ابن

قد اوحى الله تعالى الى موسى عم سليمان

الى كم يعصيني ابن خالتك آصف وانا احلم عنه مرة بعد اخرى فوعزتي وجلالي

لئن اخذته عصفة من عصفاتي عليه لاتركنه مثلة لمن معه ونكالا لمن

بعده فلما دخل عليه آصف على سليمان عم اخبره بما اوحى الله اليه فخرج حتى

كثيبا من رمل ثم رفع يديه نحو السماء وهو يقول الهي وسيدي انت انت وانا انا

فكيف التوب ان لم تتوب علي وكيف استعصم ان لم تعصمني لاعودن فاوحى الله اليه

صدقت انت انت وانا انا استقبل التوبة اني قد تبت عليك وانا التواب الرحيم وهذا كلام

مدل به عليه وهارب به منه اليه وهو من ادلال المحبين من المستانسين مناجات برخ الاسود

الذي امر الله موسى عليهما السلام ان يساله ان يستسقي لبني اسرائيل بعد ان قحطوا سبع

سنين وخرج موسى عم ليستسقي لهم في سبعين الفا فاوحى الله الى موسى عم كيف استجيب لهم

وقد اظلمت عليهم ذنوبهم وسرائرهم خبيثة يدعونني على غير يقين ويامنون مكري

ارجع الى عبد من عبادي يقال له برخ قل له يخرج حتى استجيب له فسأل عنه موسى عم

فلم يعرف فبينما موسى عم ذات يوم يمشي في طريق فاذا العبد الاسود قد استقبله بين عينيه تراب

من اثر السجود في شملة قد عقدها على عنقه فعرفه موسى بنور الله فسلم عليه وقال ما اسمك

فقال اسمي الاسود برخ قال فانت طلبتنا منذ حين اخرج فاستسق لنا قال فخرج فقال في كلامه

ما هذا من فعالك وما هذا من حلمك فما الذي بدا لك انقصت عليك غيوثك ام عاندت

عن طاعتك الرياح ام نفد ما عندك ام اشتد غضبك على المذنبين الست كنت غفارا قبل

الخاطئين خلقت الرحمة وامرت بالعطف فتكون لما تامرنا المخالف ام ترينا انك ممتنع ام

تخشى الفوت فتعجل بالعقوبة قال فما برح حتى اخضلت بنو اسرائيل بالقطر وانبت الله

العشب في نصف يوم حتى بلغ الركب قال فرجع برخ فهذا ذكر الراجين والانس ان بارا كان

المستانسين وصنع للعاملين انتهى عبارة القوت القلوب